



الدكتور السيد صالح جملين

الأستاذ المساعد بكلية الشريعة

جامعة الأزهر

# أثر العرف في التشريع الإسلامي

الناشر

دار الكتاب الجامعي

٨ سليمان الحلبي — النوفيقية — القاهرة

ت ٧٥٢٢٢٨

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

[www.moswarat.com](http://www.moswarat.com)



## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ألم يأن للذين آمنوا أن تخشع قلوبهم لذكر الله  
وما نزل من الحق ، ولا يكونوا كالذين أوتوا الكتاب  
من قبل فطال عليهم الأمد فقست قلوبهم وكثير  
منهم فاسقون ،

« صدق الله العظيم ،

سورة الحديد « ١٦ »

## الافتتاح

اللهم منك وإليك

ثم إلى كل من يمهده صلاح المجتمع ؛ وسيره على الطريق  
للسوى ، ومن يعمل على تطبيق الشريعة الإسلامية من  
حاكم ومحكوم .



## بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على النبي الأمين والرسول  
الكريم سيدنا محمد - صلى الله عليه وسلم - المبعوث رحمة للعالمين وكافة  
للناس بميرآ وفذيرآ ليخرج الناس من الظلمات إلى النور بإذن ربهم إلى  
صراط العزيز الحميد .

وبعد :

فهذا بحث د أثر العرف في التشريع الإسلامي ، أقدمه للطبع وإخراجه  
إلى من يعنون بدراسة الفقه الإسلامي ، والذين يدعون إلى تطبيق الشريعة  
الإسلامية لتحل محل القوانين الوضعية والتي بأن قصورها وظهر عدم  
وفائها بما يحتاجه المجتمع من تشريع ، ولعلمي بهذا البحث المتواضع أسام  
بشيء يسير وجزء قليل في هذا المضمهر ابتغاء وجه الله سبحانه وتعالى .

وهذا البحث قد تقدمت به إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر  
الشريف للحصول على درجة الدكتوراه وقد نوقش في يوم الأربعاء  
الموافق ١٤ من شهر جمادى الآخرة سنة ١٣٨٩ هـ - ٢٧ أغسطس  
سنة ١٩٦٩ م وحصلت به على درجة الدكتوراه مع مرتبة الشرف الأولى .

وقد أشرف على هذا البحث الأستاذ النابه الملامة صاحب الخلق  
الفاضل والعقل الواعى والبصيرة النيرة الذى أعترف له بالفضل ، وأكن  
له التقدير والاحترام فضيلة الأستاذ الشيخ «عثمانه أحمد مريزق» رئيس  
قسم أصول الفقه بكلية الشريعة والقانون آنذاك (١) .

(١) إن فضيلته الآن أستاذ أصول الفقه بالدراسات العليا بكلية الشريعة بمكة المكرمة .

وهو الأستاذ الذي عرفه تلاميذه بتحقيقه العلمي وأصالته الفكرية في سمات العلماء وسلوك الصالحين مع التواضع الجهم والنزاهة الحققة والترفع عن الدنيا حتى رفع نفسه وأغلاها ، مع بذله العلم لطلبته صغاراً كانوا هم أو كباراً في عطاء سخى ونفس رضية معلماً وناصحاً وموجهاً في وعى العلماء وحنان الآباء . فجزاه الله خيراً ومد في عمره وبارك له في صحته لأنه سميع الدعاء .

هذا : ولا أذكر شيئاً أصف به هذا البحث سوى ما ذكره أساتذتي الأفاضل الأجلاء الذين ناقشوه (١) :

كلية فضيلة الأستاذ عثمان مريزق :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد وآله وأصحابه أجمعين .

وبعد :

فإن الباحث ، السيد صالح عوض قدم بحثه « أثر العرف في التشريع الإسلامي » لنيل شهادة العالمية « الدكتوراه » .

أما البحث فقد مهد له بمقدمة آخذة من موضوع البحث بسبب ، وعقد للبحث أبواباً ستة وخاتمة ، تناول فيه العرف ، تعريفاً ، وتقسيماً ، ومناطاً ، وفريعاً وإعتباراً ، وإلغاءً ، محققاً في ذلك كله ما وسعه الجهد غير مقلد ولا متبع . ثم إن البحث قد يقبل المناقشة في بعض موضوعاته ، ولكن ذلك شأن كل بحث ، وطبيعة الفكر البشري .

---

(١) ترتيب الأسماء فيما يأتي باعتبار مناقشة كل من الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة للبحث .

فأمن كاتب كتب إلا ونوفش فيما كتب ، بيد أن ذلك لا يضير وإنما يضير المكانب قصور كان عليه أن يتخطاه ، أو تقصير كان عليه أن يتلافاه ، أو خطأ تعمد تصويبه أو صواب تعمد تخطئته .

وأما الباحث نفسه فقد عرفته في كليه الشريعة والقانون ، وعرفته في أقسام الدراسات العليا ، مثالا للعمل الدائب يتحرى ويتقصى في سمع عال وجهد الباحث ، ثم هو بعد هذا وذاك له دين بمنحه من الزبغ والزال .

كلهم فضيلة الشيخ محمد علي السابيس — رحمه الله تعالى :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين وآله وصحبه أجمعين .

من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فما له من هاد ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا .

وبعد :

لا يفوتني قبل أن أبدأ المناقشة : أن أعلن إعجابي الشامل بهذه الرسالة فإن الباحث قد بذل فيها مجهوداً شاقاً مضنياً ، وأطلع على مراجع عديدة للأقدماء والمحدثين ، وأطلع اطلاعاً حقيقياً واستفاد منها استفادة واضحة ، والمصادر التي ذكرها في آخر كتابه لم ينسخها نسخاً من الفهارس في المكانب ، وإنما في الواقع من يقرأ هذه الرسالة يجد أنه استفاد بكل مرجع من هذه المراجع ، وتقل عنها نقلاً صحيحاً .

وتمتاز هذه الرسالة فوق الاستيعاب والشمول بسهولة العبارة حتى أنني لأعتبرها من المهل الممتنع .

تصوروا : أن هذا السفر الضخم ، هذا الكتاب الضخم الذى يشتمل على نحو خمسمائة صفحة من القطع الكبيرة استوعبتها فيما لا يزيد عن ثلاثة أيام مع الاستراحات وغيرها ، أى ليست ثلاثة أيام متتابة ، استوعبتها نظراً لسهولة العبارة ونظراً لجودة التعبير وحسن الأداء .

وقال فضيلة الشيخ محمد أبو زهره — رحمه الله تعالى عنه بدء مناقشته : « لاحظ على الرسالة ما لاحظته أخى الأستاذ السائس من أنها تدل على مجهود شاق وعلى استقصاء واستقراء ، ومبالغة فى الاستقصاء والاستقراء ، ولا شك أن الرسالة اشتملت على تحقيقات جيدة ، .

وقال فضيلة أستاذى الشيخ مصطفى عبد الحاق — مد الله فى عمره — عند بدء مناقشته : « هذه الرسالة فيها من المحاسن ما تكلم عنه الأستاذان الجليلان . »

\*\*\*

وإنى لأسجل هنا تقديري واعتزازي بما ذكره أساتذتى الأفاضل جزاءم الله خيراً فى الدنيا والآخرة .

د / السيد صالح عرض محمد النجار

القاهرة فى يوم الاثنين ١٢ ربيع الأول ١٣٩٩ هـ

٢٩ يناير ١٩٧٩ م



## تمهيد

إن البحث في موضوع وأثر العرف في التشريع الإسلامي، قصدت به إظهار أصالة الشريعة ومرونتها وقبولها للحكم في كل أمور الحياة المتطورة المتجددة إذا أحسن تطبيقها لأن كثير من الدارسين للفقهاء الإسلامي دراسة غير منصفة، والذين لم يدورسوه يزعمون أن التشريع الإسلامي غير صالح لمسايرة التطور الاجتماعي، وأنه وإن حكم المجتمع الإسلامي في دور البداوة فلايس صالح الآن في عصر المدنية الحديثة .

ومن ثم فالتشريع الوضعي في نظر هؤلاء لا تستطيع الشريعة أن تحكم فيما يحكم فيه، وحينئذ فلا بد من الالتجاء إليه . وهذا زعم باطل ينم عن قصور المعرفة وقلة الإدراك لما جاءت به الشريعة الإسلامية .

هذا والدارس للفقهاء الإسلامي دراسة محصنة ثم منصفة يتبين له وفاء التشريع الإسلامي بمصالح المجتمع في مختلف عصوره وأزمانه، مع الشمول والمرونة والوضوح لأنه من عند الله الذي يعلم مصالح عباده على الوجه الذي يحققها، يفصل في كل دعوى ويحكم في كل قضية وحادثة ويطب لكل داء .

ومنها تطور الزمن واختلفت ألوان الحياة وتشعبت مذاهبها ومساالكها فإن الاسلام بمبادئه التشريعية الممثلة في الفقهاء الاسلامي وأصوله تتضاءل دولة الشرائع الوضعية . فالمسلمون بشريعتهم وفقهم في غنى عن استيراد شرائع من صنع البشر دائماً لا تتواءم مع دينهم وعقيدتهم ومصالحهم، لأنها قد أحاط بها من القصور ما يجعلها لا تنفي بما يريدون من حياة سعيدة آمنة مستقرة .

والفقه الإسلامى قد عمل فى جميع المجالات فى مرونة وشمول يوم أن كانت له السيطرة على الحياة التشريعية ولم يعرف الجود أو التوقف عن وضع الحلول والأحكام فى أى زمان أو أى مكان لأن للإسلام من طبيعته وأصوله قدرة على مواجهة تطور الحياة الاجتماعية ، وقبولا للتطبيق العملى .

وقد تفتحت بفضل الله تعالى مواضع هذا البحث بين ما خلفه الفقهاء المسلمون - رضى الله عنهم - من ثروة فقهية وتشريعية ضخمة ما أحوجنا - وقد أعيتنا المشاكل - إلى الانتفاع بها بل ما أحوج العالم كله إلى الاستفادة بنورها والسير على منهاجها حتى يجد الحلول لمشاكله وما يموج فيه من فتن واضطرابات .

وهذه الرسالة أمام القارىء خطوة على طريق البحث الشامل عن منابع الثروة التشريعية فى الفقه الإسلامى للعظيم ، الذى مازال الكثير من مخطوطاته وتراثه لم ير النور بعد ، ولو أخرج للناس لئلا الدنيا علماً ووجدوا فيه الغنية والسكينة لما يحتاجونه لتحقيق مصالحهم .

وقد حاولت جاهداً أن يخرج هذا البحث وقد اكتملت صورته بعد الجمع والتمحيص والاستنباط عارضاً فى جلاء ووضوح نظرية العرف فى الفقه الإسلامى ، ضبطت أصولها وقواعدها مع ذكر كثير من الفروع الفقهية كدراسة تطبيقية حتى يتبين كيف طبقت الفروع على أصول هذه النظرية ومنها يتبين كيف تطبق أحكام الشريعة الإسلامية ، كما تبين من ذلك كله كيف كان للعرف وقاعدته أثر فى أبواب الفقه المختلفة .

وقد استخلصت هذه القواعد والأصول من كثير من كتب الفقه الإسلامى وأصوله دون التقيد بمذهب معين ، لأن دراسة أوبة نظرية فى الفقه الإسلامى دراسة مذهبية لا تخرجها على صورة واضحة ، فتجنب

الدراسة المذهبية حتى أستطيع إعطاء القارىء لهذا البحث صورة واضحة عن دأثر العرف فى التشريع الإسلامى ، فى شكله العام ، وهو لفئة علمية على طريق البحث فى الفقه الإسلامى تبين مدى صلاحيته لكفاله الإصلاح الاجتماعى .

وقد بذلت فى تتبعى لمواضع البحث فى مظانه جهداً ومشقة ما ألت ولا فترت حتى خرج على الصورة التى أعرضها .

ولعلى هذا أكون قد أصبت شيئاً من التوفيق والكمال لله وحده وفوق كل ذى علم ، والله سبحانه وتعالى هو الهادى إلى سبيل الرشاد .

فصل البحث :

اشتمل هذا البحث على مقدمة وستة أبواب وخاتمة .

أما المقدمة : فقد احتوت :

- ( ١ ) بيان حاجة الناس إلى تشريع يحقق مصالحهم .
- ( ١ ) وفاء الشريعة الإسلامية بمصالح الناس مع الشمول والمرونة .

الباب الأول ويشمل الآتى :

- ( ١ ) تعريف العرف والعادة فى اللغة .
- ( ٢ ) تعريف العرف والعادة عند الفقهاء .
- ( ٣ ) تعريف العرف والعادة عند علماء القانون .
- ( ٤ ) الفرق بين العرف والعادة .
- ( ٥ ) العرف بين الحقيقة والمجاز .



( ٦ ) الفرق بين العرف والتقليد .

( ٧ ) سلطان العرف والعادة في المجتمع .

الباب الثاني في تقسيم العرف ويشمل الآتي :

( ١ ) العرف الثابت والمتبدل .

( ٢ ) العرف القولي والعملي .

( ٣ ) العرف العام والخاص .

( ٤ ) العرف الشرعي .

( ٥ ) العرف الصحيح للفاسد .

الباب الثالث : في اعتبار العرف في التشريع ويشمل الآتي :

( ١ ) بيان معنى اعتبار العرف في التشريع .

( ٢ ) أدلة اعتبار العرف في التشريع .

( ٣ ) شروط العرف المعتبر في التشريع .

الباب الرابع في مدى اعتبار العرف في التشريع ويشمل الآتي :

( ١ ) العرف ومصادره التشريعية .

( ٢ ) العرف وأقسام التشريعية .

( ٣ ) العرف الذي تحمل عليه الأنفاظ .

( ٤ ) العرف وصيغ العام .

( ٥ ) العرف وتقييد المطلق .

( ٦ ) العرف والإجماع .

( ٧ ) العرف والقياس .

( ٨ ) العرف والإستحسان .

( ٩ ) العرف والمصلحة .

(١٠) العرف والاستصحاب .

(١١) العرف وسد الذرائع .

الباب الخامس في العرف وقواعد الفقه ويشمل الآتي :

( ١ ) العرف وقواعد للفقه .

( ٢ ) العرف والقواعد التي يمكن أن يرد إليها .

( ٣ ) هل أنشأ العرف قاعدة فقهية ، وما مجال هذه القاعدة ؟

الباب السادس في العرف واختلاف الفقهاء ويشمل الآتي :

( ١ ) هل كان للعرف أثر في اختلاف الفقهاء .

( ٢ ) هل كان للعرف أثر في انتقال الإمام الشافعي - رضي الله عنه -

من المذهب القديم إلى المذهب الجديد ؟

الخاتمة : بينت فيها فتيحة البحث .

القاهرة في عام ١٣٨٩ هـ — ١٩٦٩ م

المؤلف



## مقدمة البحث

وتشمل :

١ - بيان حاجة الناس إلى تشريع يحقق مصالحهم :

٢ - وفاء الشريعة الإسلامية بمصالح الناس مع الشمول والمرونة .

الناس بطبيعتهم في حاجة إلى تشريع يحدد علاقاتهم ويبين لهم حقوقهم وواجباتهم ويحدد من أنانيتهم ، وينظم صلاتهم والزاماتهم لأن الإنسان خلق وفي دمه دافع يدفعه إلى العيش في جماعة ، لأنه لا يستطيع أن يعيش منفرداً . فهو كائن اجتماعي أو مدني بطبعه وإذا كانت الجماعة ضرورية لحياة الإنسان فإن التشريع أو القانون لازم لقيامها إذ لا يمكن قيام جماعة من غير قانون . فالجماعة كما عرفها علماء الاجتماع هي :

### الهيئة المنظمة من الأفراد

فالنظام ركن فيها لا تقوم بغير توافره ، ومعناه : أن تسير الأمور على وجه مطرد ومستقر ثابت ، حتى لا يصبح الأمر فوضى بين الناس ، يأخذ القوى كل ما يريد بقوته ، ولا يجد الضعيف كل ما يحتاج لضعفه ، وبخاصة إذا ما سيطر على النفس البشرية الأثرة وحب الذات ، أو اندفعت تحت تأثير غرائزها وميولها ، ولذا : فإن حقوق الأفراد وحياتهم تتأثر تأراً كبيراً بهذه الدوافع ، وإذا ترك كل إنسان شأنه لاضطربت الحياة ونهض الباطل مكان الحق والأنانية مكان المساواة فلا عدل إلا ما كان لنفع ذاتي ولا خير إلا فيما وافق الهوى ، ولا حساب لشيء بعد هذا ، طال الزمن أو قصر .

ذلك بحمل الوصف فيما تكون عليه الحياة ، لو تجردت عن القيود وعريت عن الفضائل والآداب وهو فيما يتضح : انتفاض على الفطرة التي ربطت الناس بعضهم ببعض في مضمار الحياة ، وقطع للعلاقات الإنسانية ، والروابط الاجتماعية التي قامت بين الناس منذ خلقهم الله تعالى من ذكر وأنثى ، وجعلهم شعوباً وقبائل ليتعارفوا .

ولذا : كان لابد من وجود نظام يحدد علاقات الأفراد بعضهم ببعض ويجب على الجميع احترامه ، حتى يستقيم أمر المجتمع إذا ما نزل الناس على سنن التشريع ، لأن اتباع الهوى والانقياد له عمل مذموم لا يعود بخير على الفرد كما لا يعود بخير على الجماعة وقد بين القرآن الكريم ، أن اتباع الهوى مضاد للحق ، قال الله تعالى : « فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله » (١) . وقال تعالى « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن » (٢) . وغير ذلك من الآيات التي ذكر فيها الهوى في معرض الذم ، وفي مقابلة الحق الواجب الإتيان وهو ما شرع الله تعالى لعباده ، قال الله تعالى : « وبالحق أنزلناه وبالحق نزل » (٣) . وإذا كان ما أنزله الله تعالى هو الحق فما عداه هو الضلال ، قال الله تعالى : « فماذا بعد الحق إلا الضلال » . وقال ابن القيم — رحمه الله تعالى (٤) — « احذروا من الناس صنفين : صاحب هوى فتنهواه ، وصاحب دنيا أعجمته دنياه » .

وذكر الإمام الشافعي — رحمه الله تعالى (٥) — :

« إن الشريعة جاءت لتخرج المكلفين من دواعي أهوائهم حتى يكونوا عباد الله اختياراً كما هم عباد له اضطراراً » .

ويقول الشيخ محمد عبده — رحمه الله تعالى (٦) — :

(١) سورة ص ٢٦ (٢) سورة المؤمنون ٧١ (٣) سورة الإسراء ١٠٥

(٥) الموافقات ج ١ ص ١٨

(٤) أعلام الموقعين ج ١ ص ١٣٧

(٦) رسالة التوحيد ص ٤٨

« الناس متفقدون على أن من الأعمال ما هو نافع ومنها ما هو ضار ،  
وبعبارة أخرى منها ما هو حسن ومنها ما هو قبيح ، ومن عقلائهم وأهل  
النظر الصحيح والمزاج المعتدل فيهم من يمكنه إصابة وجه الحق في معرفة  
ذلك ، ومتفقدون كذلك على أن الحسن ما كان أدوم فائدة وإن كان مؤلماً  
في الحال ، وأن القبيح ما جر إلى فساد في النظام الخاص بالشخص أو الشامل  
له ولمن يتصل به ، وإن عظمت لذته الحاضرة ، واسكنهم يختلفون في النظر  
إلى كل عمل بعينه اختلافهم في أمزجتهم وسجيتهم ومناشئهم ، وجميع  
ما يكتنف بهم . لذلك ضربوا إلى الشر في كل وجه ، وكل يظن أنه إنما  
يطلب نافعاً ، فالعقل البشري وحده ليس في استطاعته أن يبلغ بصاحبه  
ما فيه سعادته في سعادته في هذه الحياة . »

وقال أيضاً : « لهذا كان العقل البشري محتاجاً في قيادة القوى  
الإدراكية والبدنية إلى ما هو خير له في الحياتين وإلى معين وذلك المعين  
هو النبي - صلى الله عليه وسلم . »

وقد وجد أنه كان لكل مجتمع مهما كانت درجته من الحضارة والرقى  
الفكرى والعملى قواعد قانونية يسير الأفراد عليها في معاملاتهم  
وتصرفاتهم وكذلك قواعد تنظم الأسرة كالزواج ونحوه ، وفي علاج  
جرائم المجتمع بوضع العقوبات الزاجرة عنها الرادعة لمن يقترف  
شيئاً منها ، وفي غير هذا من شئون الحياة ولم تترك هذه الأمور في أي  
مجتمع فوضى تنظم حسب رغبة الأفراد .

وقد قال أحد الفلاسفة الغربيين (١) : « حيث يملك الكل فعل ما يشاؤون  
لا يملك أحد فعل ما يشاء وحيث لا سيد فالكل سيد ، وحيث الكل سيد

---

(١) المدخل للقانون المذكور حسن كبره ص ٧

فالكل عبيد . وتلك حال لا يتصور أن تسكون ، وإن كانت فهي لا تدوم  
إذ ينتهي الأمر إلى أن يكون الحكم للقوة تقضى في الضعفاء بما تشاء .

وقد كان من حكمة الله العلم الحكيم أن صاحب هدايته الإنسان  
منذ خلقه الله تعالى وهبط آدم إلى الأرض وتتابع بحجج الرسل عليهم  
الصلاة والسلام - يبلغون هداية الله للناس ، ولم بكل الله تعالى الإنسان إلى  
عقله ، لأن العقل البشري ، وإن كان يدرك بعض المصالح ، فإن له غاية  
يقف عندها ، وكثيراً ما يعجز عن إدراك غايته ، وما ينتهي إليه لا يناله  
إلا بعد جهد كبير . وكأين من مرة يضل السبيل وتأخذه الحيرة ، ولذا  
كان من رحمة الله تعالى أن جعل الرسل عليهم السلام هم الحجة بينه وبين  
خلقه ، قال الله تعالى ؟ « رسلاً مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله  
حجة بعد الرسل » (١) .

هذه هي سنة الله تعالى في التشريع من عهد آدم حتى خاتم الأنبياء محمد  
ﷺ الذي أرسله الله تعالى للناس جميعاً بشريعته التي ختمت الشرائع  
للسماوية ولذا كانت مقرراتها ثابتة ونهائية لا يدركها النسخ ولا التبديل ،  
وقد كان الرسل - عليهم السلام - يبشرون بظهوره ويأخذون الميثاق على  
أعمهم ليؤمنوا به ، بل أخذ الله تعالى الميثاق على الأنبياء يؤمنوا به  
لو أدركوه ، قال الله تعالى : « وإذا أخذ الله ميثاق النبيين لما آتيتكم  
من كتاب وحكمة ثم جاءكم رسول مصدق لما معكم لتؤمنن به ولتنصرنه  
قال : أقررتم وأخذتم على ذل - كم إصرى ، قالوا : أقرنا . قال : فاشهدوا وأنا  
معكم من الشاهدين فمن تولى بعد ذلك فأولئك هم الفاسقون » (٢) .  
وروى عن علي بن أبي طالب وابن عباس رضي الله عنهم : « ما بعث الله  
نبياً من الأنبياء إلا أخذ الله عليه الميثاق لئن بعث الله محمداً ﷺ وهو حي  
ليؤمنن به ولينصرنه » .

وفي حديث جابر بن عبد الله — رضى الله عنه — الذى رواه الإمام أحمد ، قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — « لو أن موسى كان حياً لما وسعه إلا أن يتبعنى » . وفي معناه « لو كان موسى وعيسى حينئذ لما وسعهما إلا اتباعى » .

٢ — وفاء الشريعة الإسلامية بمصالح الناس مع الشمول والمرونة :

لقد سلف أن الشريعة الإسلامية جاءت مقرراتها ثابتة لأنها الشريعة الخالدة الباقية إلى يوم القيامة لا يطرأ عليها نسخ ولا تغيير .

وإذا كان الأمر كذلك فلا بد أن تكون الشريعة الإسلامية وافية شاملة لجميع الأحكام والقوانين التى تحتاج إليها الأمم فى تدبير شؤونها وتنظيم حياتها صالحة لمسايرة الحياة المتطورة المتغيرة فى تقدمها وارتدادها . هما اختلفت المصالح باختلاف الأزمان والبيئات فتحقق لهم السعادة وتكفل الأمن والسلام للبشر جميعاً .

١ — وقد جاءت نصوص القرآن الكريم مجملة فى غالب أحكامها ، ولم تخص فى التفريعات والتفصيل لتكون أحكام الشريعة أدنى إلى الفهم وأبقى على الزمن ، وكان شأنه إيراد القواعد العامة والأحكام المجملة التى لا بد منها فى كل قانون أو نظام يهدف إلى تحقيق المصالح للناس كافة ، وكذلك بينت ما يلزم لحفظ الضروريات التى لم تأت الشرائع السماوية إلا لخدمتها والمحافظة عليها .

٢ — وجاءت السنة النبوية المطهرة لتبين ما أجمله القرآن وتفصله ، وتكمل وتعلل ما جاء به من تشريع ، وقد بين النبي — صلى الله عليه وسلم — بأقواله وأعماله أحكام ما كان عرض للناس فى أسلوب يفهمونه ويعقلونه ،



« وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى ، (١) .

٣ - وقد وضع الكتاب والسنة أحكاماً للحوادث التي تقتضيها حاجات العصر الذي كان فيه النبي ﷺ . كما وضعت أحكام لبعض الجزئيات التي لا تختلف باختلاف العصور والجماعات .

ووضعت أصول الشريعة وقواعدها وترك الأمر بعد ذلك لبيان أحكام ما يجد من حوادث ووقائع إلى أهل الاستنباط . وقد جاء في ذلك ما روى أن رسول الله ﷺ . قال لمعاذ بن جبل حين بعثه قاضياً إلى اليمن :

« بم تقضى إذا عرض لك قضاءً قال : بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : بسنة رسول الله . قال فإن لم تجد ، قال : أجتهد رأيي لا آلو . فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ لما يوحى به الله وربه وله ، . وقال علماء الأصول : إن هذا حديث مشهور .

٤ - ويتسع المجال لاجتهاد علماء الإسلام ، وأهل النظر في الشريعة الإسلامية في الآتي :

(أ) المسائل والظروف التي جاءت فيها الشريعة بالمبادئ العامة وتستدعي أحكاماً فرعية .

(ب) المبادئ والأحكام المفصلة والتي تدخل في دائرة المباح التي تركت الشريعة الحديث عنها .

وكل ذلك مشروط بأن لا يصادم من أحكام الشريعة النصوص المحكمة وأن لا يتفق مع مقاصد الشريعة .

فالأحكام الشرعية التفصيلية جاءت لتبقى كما هي عليه .

والمبادئ الكلية جاءت لتكون هي الإطار للذي تنمو في داخله الأمور التشريعية دون الخروج عليها ، ومخالفتها لأن في الخروج عليها ومخالفتها دخول تحت قوله تعالى شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله (١) .

هذا : وقد كان فقهاء المسلمين في الصدر الأول - قبل عصر المذاهب - يفهمون الشريعة من مصادرها ويستنبطون الأحكام من أدلتها وأصولها ، وقواعدها العامة ، ووجدوا في هذه المصادر الشمول والكفاية بأحكام الحوادث التي تعرض عليهم وتقع بينهم ، وما شملوا بقصورها ، أو عجزوا عن استنباط حكم لواقعة من الوقائع التي كثرت وتنوعت بعد الفتح الإسلامي - في الشرق والغرب .

وقد وجدت بعد ذلك مدرستا المدينة والعراق ، حيث امتازت الأولى بكثرة الرواية وقلة الرأي والثانية بكثرة الرأي وقلة الرواية ، وكان الرأي عند أهل المدينة يختلف عن الرأي عند أهل العراق ، ففي المدينة يحكمون المصلحة حيث لا نص من كتاب أو سنة أو فتوى الصحابة ، فان كانت المصلحة في هذه الحدود أخذوا بما توجبه ، بينما كان الرأي عند فقهاء العراق يقوم أكثره على القياس ، ومع تعدد مناهج الفقهاء في البحث والاستنباط ، فان هذه المناهج تتجه إلى غاية واحدة ، وهي تحرير المعاني الفقهية التي اشتمل عليها الكتاب والسنة والمأثور عن الصحابة - رضي الله عنهم .

ولم يقف الفقهاء أمام النصوص جامدين بل فهموا أنها مرنة ومع مرونتها لا توجه إلا المصلحة المرادة من التشريع ، وعرفوا دلالاتها ووقفوا

على أسرارها ومراميها ، وأن لها عمومات معنوية كمعوماتها اللفظية ، وأن هذه العمومات يجب رعايتها والعدل بها كما يجب العمل بعمومات الصيغ والألفاظ ، وما ورد من النصوص بمثابة القواعد العامة طردوا حكمه ، وجعلوه قاعدة تسرى على كل ما يمكن أن يدخل تحتها من جزئيات ، فالتشريع الاسلامي هو التشريع للكامل ، ولم يعد وراء كماله من غاية لرجاله إلا تطبيق هذا التشريع ، بعد أن وضعت أمامهم أصوله ، وقواعده والاسس التي قام عليها .

هذا وقد أعطت دروة النصوص لكل فقيه أن يناولها بوجهة نظره التي حددتها مقاصد الشريعة والمصاحبة العامة المتهوددة لشارع ، وأساليب اللغة ، وقواعد الاستنباط ، وتطور المقاييس الفسكزية والأبحاث العلمية ، وتغير الظروف الاجتماعية ، وكل من آراء هؤلاء الفقهاء له اعتباره على أي حال ، لأن الشارع أطلق حق النظر في الشريعة للقادار عليه فتكلم كل قادر على الفهم والاستنباط ، واعتبر كلامه إما اجتهداً مطلقاً منه أو اجتهداً في المذهب الذي ينتمي إليه ، فنمت الثروة التشريعية ، وأصبحت تسع كل ما يعرض من مشاكل وقائع حتى أننا نجد أن كل ما وصل إليه علماء القوانين الوضعية من نظريات وقواعد عدوها مستحدثة قد سبق به إمام من الأئمة أو فقيه من فقهاء التشريع الإسلامي ، بل هناك نظريات ظن علماء القوانين الوضعية أنهم بها قد أحدثوا شيئاً لم يعرف من قبل . وأنها فتح جديد وجدت في الفقه الإسلامي منذ نشأته الأولى . مثال ذلك نظرية التعسف في استعمال الحق ، ود الظروف الطارئة والاستثنائية ، مما تحدث عنه المشرعون الإسلاميون كثير<sup>(١)</sup> .

---

(١) ظهرت نظرية « التعسف في استعمال الحق » في القانون الألماني سنة ١٧٨٧ م وقد وضع الدكتور محمد فتحي الحامى رسالته في هذا الموضوع « التعسف في استعمال الحق »

وإذا أريد أن يسن من أقوال فقهاء الإسلام قانون عام أمكن ذلك على حال أكمل من كل قانون في الأرض صنعه البشر . ويكون مع ذلك قابلاً للتطور إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها لأن الإسلام لم يضع للإجتihad حداً ولم يعين له أهلاً بل تركه لكل من استكمل عدته (٢) . وليس للمسلمين عذر عند ربهم في ترك الشريعة الإسلامية والإلتناء إلى غيرها من شرائع الأرض التي تضيق عما وسعته الشريعة الإسلامية بأصولها ومصادرها وما يبتنى على هذه الأصول والمصادر .

والتشريع الإسلامي بمصادره وأصوله قام على أسس عامة منها :

---

= في الفقه الإسلامي . « وظهرت الرسالة سنة ١٩١١ م بناء على نصيحة الأستاذ «لامبير» بجامعة «ليون» الذي كان يشير على الطلبة المصريين أن ينعوا بوضع رسائل الدكتوراه في الشريعة الإسلامية ، وكان يرى أن المؤلفات الفقهية الإسلامية كنز لا يفنى ، وكان الألمان يقيمون عجباً بهذه النظرية التي عرفها الفقه الإسلامي منذ أمد بعيد ثم فوجئوا بهذه الرسالة فعملوا أنهم سبقوا بها فلم يعد للفخر والعجب مجال .

(٢) سأل أحد الفرنسيين الأستاذ الأكبر الشيخ محمد مصطفى المراغي عن بعض التشريعات التي تسن لحكم الشعب المصري فقال : « يجب أن تسيطر معالم الإسلام على الحياة الاجتماعية لأن غالبية الشعب تدين بالإسلام ، كما أن الدين الرسمي للدولة هو الإسلام ، هذا إلى أن القرآن الكريم يفي بكل حاجات الفرد والجماعة وقد احتاط لكل شيء وتوفر على كل الأحكام » .

فقال السائل : « إن مصر تعدت أن تكون قوانينها مقتبسة من أحدث التشريعات المصرية » . فقال : « وأنا أصرح بأن أحدث نظريات القانون الحديث موجودة في القرآن الكريم ، ومن السهل أن تسن قوانين تتفق مع نظريات الكتاب الكريم . » والدليل على ذلك نظرية : الإخلال بالقانون التي عرفها المشرعون المعاصرون أخيراً مما أنها تدرس في الأزهر منذ ألف عام . ثم قال : « وأنا عندما أتكلم عن التشريع الإسلامي أعني مجموع آراء أصحاب المذاهب فإن عمل هؤلاء كنز فريد لا يوجد مثله عند أية أمة أخرى ومن المستطاع الانتفاع به على أحسن السبل » ١ هـ مجلة الأزهر محرم سنة ١٣٥٧ هـ ١٩٣٨ م .

## ١ - اليمر ورفع الحرج والمشقة .

قال الله تعالى « يريد الله بكم اليمر ولا يريد بكم العسر »<sup>(١)</sup> . وقال تعالى « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً »<sup>(٢)</sup> .

وقال الله تعالى « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج »<sup>(٣)</sup> وقال تعالى « وما جعل عليكم في الدين من حرج »<sup>(٤)</sup> .

فالله تعالى للعالمين بتفاوت الناس قوة وضعفاً ، وما يطرأ عليهم من صحة ومرض قد رفع عنهم الحرج والمشقة جميعاً بصفة عامة . وعن المريض والمصاب بصفة خاصة .

ففي العبادات أبيح قصر الصلاة في السفر ، وشرعت صلاة المريض ، ورخص في التيمم لمن لم يجد الماء أو تعذر عليه استعماله ، وأبيح الفطر للصائم إذا كان مريضاً أو على سفر أو وجد فيه مشقة ، ولم يفرض الصوم إلا شهراً واحداً في العام ، والحج مرة واحدة في العمر لمن استطاع إليه سبيلاً ، والزكاة فرضت على القادر المالك للنصاب ونصبتها في الأموال قليلة لا تنذهب بالكثير منها .

وفي المعاملات نجد العقود وهي أكثر ما يحتاج إليه الإنسان جعل الشرط الأساسي فيها هو التراضي بين العاقدين ، قال الله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون

(٢) سورة النساء : ٢٨

(٤) سورة الحج : ٧٨

(١) سورة البقرة : ١٨٥

(٣) سورة المائدة : ٦

تجارة عن تراض منكم، (١). ومن مظاهر اليسر ورفع الحرج في المعاملات ابتغاء كثير من أحكامها على العرف الصحيح شرعاً ، وفي العقوبات كذلك نحمد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم :

« إدرؤا الحدود بالشبهات ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجاً تخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة » (٢) .

هذا ولا يعنى برفع الحرج والمشقة انتفاء أصل المشقة ، فإن المشقة المعتادة عرفاً لا يتصد الشارع إلى رفعها ، لأن كل عمل لا يخلو عن مشقة وهذه لإمناح من وقوعها في التكاليف الشرعية والأمور العادية ودرء المشقة الزائدة التي تضيق بها الصدور وتستنفذ الجهود وتؤثر على المرء في جسمه أو ماله وتؤدي إلى الانقطاع عن كثير من الأعمال فهذه هي التي تفضل الله تعالى برفعها عن المكلفين تيسيراً وفعلاً للحرج .

## ٢ - رعاية مصالح الناس جميعاً .

ومن هذه الأسس رعاية مصالح الناس جميعاً لأن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح الفرد والجماعة معاً وقد ذكر الفقهاء : أن رعاية المصالح من أسس التشريع العلمية ، وما جاءت الشريعة بالمرونة في نصورها والشمول في قواعدها وأصولها إلا لتحقيق ذلك .

يقول الإمام الشاطبي في الموافقات (٣) :

---

(١) سورة النساء ٢٩

(٢) رواه الترمذى والحاكم في المستدرک وابن أبى شیبة والبيهقي في السنن . وراجع قاعدة المشقة تجلب التيسير في الباب الخامس . العرف وقواعد الفقه .

(٣) ج ٢ ص ٣٠٠

« إننا وجدنا بالاستقراء أن الشارع قاصد لمصالح العباد ، والأحكام العادية تدور معها حينما دارت فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة فإذا كان فيه مصلحة جاز كالدرهم بالدرهم إلى أجل يتمتع فيه بالمباينة ويجوز فيه القرض وبيع الرطب باليابس يمنع حيث يكون مجرد غرر وربا من غير مصلحة ويجوز إذا كان فيه مصلحة راجحة » .

وقد تتفاوت المصالح وتتضارب ولو ترك كل أحد لاستأثر بالمصالح دون غيره وارتب على ذلك الفتن واختلال نظام الحياة واضطراب الأمور ، وهذا التعارض بين المصالح يستدعى تشريعاً يحقق المصالح ويوفى للضعيف ما يستحق ويمنع القوى من استغلاله فوضعت الشريعة الإسلامية قوانين المعاملات والجنايات بقصد تمكين الناس من حقوقهم ، والمصلحة المعتبرة في الشريعة هي التي لا تصاحبها مفسدة راجحة وكذلك اعتبرت أحكام الشريعة منع المفسدة التي لا تصاحبها مصلحة راجحة (١) .

ومن خصائص الشريعة التي تعمل على تحقيق المصالح أن تكون أحكامها قائمة على أسباب حقيقية ولذلك قال الفقهاء : أن تحقيق المصالح هو القصد من وضع التشريع (٢) .

### ٣ — تحقيق العدالة للناس جميعاً .

إن رعاية العدل وتحقيق العدالة لا يوجد قانون من القوانين أو شريعة من الشرائع كالشريعة الإسلامية في رعايته لا للمسلمين وحدهم ، بل للناس

(١) يراجع قواعد الأحكام للزم بن عبد السلام ص ٢ ، ١١

(٢) المراجع السابقة .

جميعاً مسلمين وغير مسلمين بل وراعتهم مع أعدائهم وإن كانوا في حرب فعلية مع المسلمين . فالشريعة الإسلامية قد بينت حقوق الفرد والجماعة وعملت على أن يصل لكل إنسان حقه بلا إجحاف أو ذنب ووضعته من الأحكام والمشرعات ما يحقق ذلك .

والقرآن الكريم وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم - فيهما كثير من النصوص التي تحت على العدل والأمر به والوعد بالإثابة عليه ، كما ورد فيهما التنفير من الظلم والتوعد بالعقاب عليه كما جعل العدل من التقوى .

فما جاء في القرآن الكريم قوله تعالى :

« إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى ، وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى » (١) وقوله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » (٢) .

وقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله إن الله خبير بما تعملون » (٣) .

فالإسلام يحرص على إقامة العدل المطلق وعدم التقصير في ذلك ، وتطلقه النصوص عدلاً شاملاً بين الناس جميعاً فهو حق لكل إنسان بوصفه إنساناً وهذه الصفة هي التي يلتقي عليها الناس جميعاً مؤمنين وكافرين ، أصدقاء وأعداء من أى جنس ومن أى لون فالعدل بينهم هو أمر الله للناس جميعاً



والأمة الإسلامية قيمة على الحكم بين الناس بالعدل متى حكمت في أمرهم .  
قال الله تعالى : « وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » .

هذا العدل لم تعرفه البشرية إلا على يد المسلمين وفي ظل الشريعة الإسلامية وهذا هو أساس الحكم في الإسلام ، ويجب على المسلمين القيام بذلك حسبة لله تعالى ، في كل حال وفي أى مجال لا لحساب أحد ولا لمصلحة فرد أو جماعة أو أمة ، بل شهادة لله تعالى بالقسط وتجرداً من كل ميل ومن كل هوى ومن كل مصاحبة في حالتي المودة والشنآن .

ومن أوضح الأمثلة على ذلك نزول بعض آيات القرآن لتتصف يهودياً اتهم زوراً بالسرقة في الوقت الذي كان فيه اليهود في المدينة ينفثون سمومهم ويوجهون سهامهم ضد رسول الله ﷺ ومن آمن معه ، وهذا من الأمثلة التي لا تعرف الدنيا لها نظيراً في تحقيق العدالة .

والقصة كما رويت أن نفرأ من الأنصار منهم ( فتادة بن النعمان وعمه رفاعه ) غزوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض غزواته ، فسرق درع رفاعه فخامت الشبهة حول رجل من الأنصار يقال له « بشير أو طعمة ابن أبيرق ، بأن صاحب الدرع رسول الله ﷺ فقال له : إن بشيراً أو طعمة ، سرق درعى فلما رأى السارق ذلك عمد إلى الدرع فألقاها في بيت رجل يهودى اسمه « زيد بن السمين » وقال لنفر من عشيرته إني غيبت الدرع وألقيتها في بيت « زيد بن السمين » وستوجد عنده فانطلقوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا نبي الله : إن صاحبنا برىء وأن الذى سرق الدرع فلان وقد أحطنا بذلك علماً فاعذر صاحبنا على رموس الناس وجادل عنده فإنه إن لم يعصمه الله بك يهلك . ولما عرف رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الدرع وجدت في بيت اليهودى قام فبرأ ابن أبيرق ، وعذره على رموس الناس ، وكان أهله قد قالوا الرسول الله صلى الله عليه وسلم

قبل ظهور الدرع في بيت اليهودي . إن قتادة بن النعمان وعمه عمدا إلى أهل بيت منا أهل لإسلام وصلاح يرمونهم بالسرقه من غير بينة ولا نيت ، قال قتادة : فأثبت رسول الله صلى الله عليه وسلم فكلمته فقال : عمدت إلى أهل بيت يزك منهم لإسلام وصلاح وترميمهم بالسرقه على غير ثبت ولا بينة . قال : فرجعت ولوددت أني خرجت من بعض مالى ولم أكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك ، فأتاني عمي درفاعه ، فقال يا بن أخي ما صنعت فأخبرته بما قال رسول الله ﷺ فقال « الله المستعان » فلم نلبث أن نزلت هذه الآيات : « إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيما واستغفر الله لمن الله كان غفورا رحيماً ، ولا تجادل عن الذين يختانون أنفسهم إن الله لا يحب من كان خواناً اثماً . . . » (١) .

إن المسألة لم تكن تبرئة بريء تأمرت عليه عصبية لتوقعه في الاتهام مع أن تبرئة البريء أمر ثقيل الوزن في ميزان الله تعالى . إنما كانت أكبر من ذلك كانت هي إقامة ميزان العدل الذي لا يميل مع الهوى ولا مع العصبية ولا نتارجح مع المودة والاشئان أياً كانت الملابسات مع أن الأمر كان فيه أكثر من سبب لإلصاق التهمة بالبريء ، فهو يهودي ومع ذلك نزلت برأته مع أن اليهود بطبعهم لا يعرفون الأخلاق وقد كانوا في حرب مع الاسلام .

(١) قال قتادة : « فلما نزل القرآن أني رسول الله صلى الله عليه وسلم بالسلاح فردّه إلى رفاعه ولما أنيت عمي رفاعه بالسلاح وكان شيخاً قد عمى أو عشى في الجاهلية وكنت أرى لإسلامه مدخولاً قال : يا ابن أخي هي في سبيل الله . فعرفت أن لإسلامه صحيحاً » فلما نزل القرآن لحق السارق بالمركب فأنزل الله تعالى « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين فوله ما نولى ونصله جهنم وساءت مصيراً ، إن الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء ومن يشرك بالله فقد ضلّ ضللاً بعيداً » يراجع كتب التفسير .

والأمر من ناحية ثانية أمر الانصار الذين آووا ونصروا وغير ذلك من الأسباب والاعتبارات ولكن الأمر كان أكبر من هذا كله . فقد كان أمر تربية الأمة الإسلامية الناشئة وإقامة ميزان العدل د لتحكم بين الناس بما أراك الله ، وذلك لأن العدل إذا بعد عن المجتمع وعن الحكم كان سبباً في هلاك المجتمع ونصبح الشرائع والقوانين لا يمكن أن تحقق الغاية المرجوة منها فليس أمام الإسلام إلا العدل المطلق بقدر ما يتاح لبشر سواء في ذلك ما يقتضى الثواب أو ما يقتضى العقاب (١) .

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً أن أسامة بن زيد - حبيب رسول الله ﷺ شفع لديه في المرأة المخزومية التي سرقت مدفوعاً من قريش - فقال رسول الله ﷺ : يا أسامة أنشعق في حد من حدود الله ، ثم قام فقتل : إنما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها ، (٢) .

فالإسلام بهذا لا يحقق العدل فقط بل يرسى قواعد العدالة حتى تعم بظلمها كل فرد في الأمة يحيا تحت رعايته فيطمئن إلى حياته وإلى حقه فيها .

أما في القانون فيتبين قصوره في هذا مما قاله الدكتور د حسن كيره ، وغيره حيث جاء في كتابه د المدخل للعلوم القانونية ، (٣) .

د إن القانون يقتصر في المبدأ على تحقيق العدل دون تحقيق العدالة ، والعدل يختلف عن العدالة . ذلك أنه إذا كان كل من الفسكرتين يقوم على

(١) يراجع د في ظلال القرآن « سيد قطب في تفسير سورة النساء .

(٢) دواء البخارى ومسلم وأحمد في مسنده وأبو يعلى في مسنده . (٣) ص ١٥

مبدأ المساواة في معاملة المخاطبين بأحكام القانون، إلا أن المساواة التي تقوم عليها فكرة العدل هي مجرد مساواة جامدة مجردة وتقوم على أساس الوضع الغالب في الحياة ، دون اعتداد بتفاوت الظروف أو اختلاف الجزئيات في الحالات المتماثلة بينما المساواة التي تقوم عليها فكرة العدالة هي مساواة مجسمة واقعية تقوم على أساس التماثل في المعاملة للحالات المتماثلة إذا تماثلت في ظروفها وجزئياتها الواقعية ، ولما كان القانون يضع قواعد مقدماً لكي تطبق من بعد على كل ما يدخل في نطاقها من أوضاع وحالات مستقبلة فيستحيل عليه منطقياً تحقيق مثل هذه المساواة المجسمة الواقعية التي تقوم عليها فكرة العدالة لأنه لا يستطيع الإحاطة ولا التنبؤ مقدماً بالظروف الخاصة أو الجزئيات الواقعية لكل تملك الأوضاع والحال المستقبلية ... فغاية القانون هي التي تحدد وسائله بإقامة العدل لا بتحقيق العدالة ، اهـ .

وهذا عيب في القانون جعله قاصراً عن مجارة الشريعة الإسلامية لأنها من وضع الله تعالى العليم بكل شيء الحكيم فيما شرع فهمى بلا ريب الشريعة التي تحقق العدل كما تحقق العدالة .

#### الصفة الربانية في الفقه الإسلامي :

وزيادة على ما تقدم فإن الصفة الربانية في الشريعة الإسلامية تجعل كل فرد يحاول تطبيق الشريعة التي آمن بها وينظر إليها نظرة الاحترام والإجلال لأن المسلم يستشعر الخشية من الله تعالى كما يحس من داخل نفسه بمراقبة الله تعالى إذا ضعفت مراقبة الإنسان . يقول الشيخ محمد أبو زهرة (١) :

ومن يحاول أن يفهم الشريعة الإسلامية على أنها قوانين مجردة

ومعالجات لإصلاح طوائف من المجتمع وتنظيم معاملاتهم من غير أن يربطها بالاسلام فلن يفهمها على وجهها الصحيح لأن الفهم المستقيم ماقام على رد الفروع إلى أصولها والنتائج إلى مقدماتها والأحكام إلى غاياتها والآراء إلى مقاصد قائلها ، وإن من يحاول هذه المحاولة كمن يتصور أن ثمرأ يكون من غير شجر أو أن غصونأ تقوم على غير جذوع ... ثم قال : وإن استمداد الفقه من الدين جعله شاملا في سلطانه للراعى والرعية وجعل القانون مسيطراً على الحاكم والمحكوم فكان من حق الناس أن يقولوا للحكام أتم مقيدون بأحكام الشريعة وأنتم مسئولون عن تنفيذها وذلك في أزمان كانت سلطة الحكام مطلقة بلا قيد يقيد ولا نظام يضبطها فكانت الشريعة بارتباطها بالدين قيداً للحاكم وتهذيباً للمحكوم ، اهـ .

ويقول الأستاذ مصطفى الزرقا :

« فن قصر النظر مايتوهمه بعضهم من أن تلك الصفة الديرية في الفقه الإسلامى تقضى عليه بالجمود وعدم القابلية لأن يتسع لحاجات الأزمان اتساع التشريع الوضعى الذى يمكن أن يتكيف بحسب الحاجة ، فقد رأينا : أن الفقه الإسلامى قد أقام للإستحسان والمصالح العامة والأعراف اعتباراً لا يقف فى مجارة الحاجات الزمنية عند حد سوى حد المصالح العامة نفسها والحرمات الأساسية التى جاءت الشريعة الإسلامية لإصلاح البشرية برعايتها للنفوس والعقول والأموال والأعراض فى الحاضر والمستقبل ، اهـ (١) .

وبعد : فإن ما ذكر فى هذا الموضوع يعطينا دلالة واضحة على سمو

التشريع الإسلامى ووقائه بمصالح الناس مع الشمول والرونة بنصوصه ومصادره وقواعده السككية وأساسه العامة .

وبعد ذلك يمكن تقرير الأمور الآتية :

أولاً : أن مصادر التشريع الإسلامى وأصوله السككية لم توضع لطائفة خاصة ولا حصر الإجتهد فى طبقة معينة ولا أمة دون أخرى ولكن جعل حقاً شاملاً لكل من تكون عنده القدرة والاستعداد لاستنباط الأحكام الشرعية وإن اختلفت آراء الفقهاء فإنه قد ترك لكل مسلم الأخذ بقول أحدهم دون سواه .

ثانياً : لم يوضع التشريع الإسلامى فى أسلوب مقرر لا يجوز تعديه فترك لكل ناظر الخيار فى اختيار أسلوبه ولذلك اختلفت أساليب الفقهاء ولم ينظر المسلمون إلى هذا الاختلاف بل اعتدوا بمقدار انطباقها على الأصول السككية للكتاب الكريم والسنة المطهرة ، وقد تسبب ذلك فى نتائج هائلة وثروة كبيرة من النظريات الفقهية والآراء التشريعية مما يعد مفخرة تجعل المسلم يفتخراً بعجبا بتشريعهم على جميع الشرائع البشرية قديماً وحديثاً .

ثالثاً : إن التشريع الإسلامى ليس خاصاً بزمان دون زمان أو مكان دون آخر لأن عموم التشريع شامل لكل من انطوى تحت لوائه حامل على تحقيق المصالح المتغيرة المتجددة التى تختلف باختلاف الظروف والأحوال والبيئات .

رابعاً : إجماع المسلمين على أن الاجتهاد فى فهم أسرار الشريعة واستنباط الأحكام واجب على الحاصلين على مؤهلات الاجتهاد ولذلك

لم يكرهوا قط أن تتعدد المذاهب وهم في ذلك كله يصدر عن سنة النبي صلى الله عليه وسلم الذي قال : « للمجتهد أجران إن أصاب وأجر إن أخطأ » (١).

وفي هذا أكبر داع للنظر والتأمل في الأدلة المختلفة والتحري عن الحق بقصد الوصول إليه ولم يرع أحد الخلاف بين المجتهدين مهما كان ، بل كانوا يقابلون هذا الخلاف بارتياح عظيم وكانوا يكبرونه إلى حد أن جعلوا له علماً سموه « علم الخلاف » وكانوا يتدارسون كما يتدارسون العلوم الأخرى ، وسرى الترحيب بهذا الخلاف حتى قيل : « اختلافهم رحمة » ولم يخرج هذا كله عن الأسس العامة للتشريع الإسلامي ومقاصد الشريعة .

هذا وقد ارتفعت الشريعة الإسلامية إلى مستوى يعد بها عن العوامل التي تلمح الشرائع فتصديها بالجمود والتوقف عن مسيرة التطور حتى تتغير أو تبدل قواعدها كما أوجدت لها من المناهضة والحبوبة ما ينفي عنها كل خطر يخطر بالبال من دواعي الإنحلال وتضمن لها الخلود والتفوق وسط كل تطورات العقل والعلم معاً .

وقد درس كثير من الغربيين الشريعة الإسلامية وتعرفوا على منهاجها التشريعي ونظرياتها الفقهية فلما تبين لهم أصالتها وسموها لم يسع المنصفون منهم إلا الإشادة بها .. وأذكر هنا بعض قرارات مؤتمراتهم وأقوال بعض علماء القانون منهم في فترات مختلفة .

أولاً : في مؤتمر القانونيين سنة ١٩٢٧ م قال حميد كلية الحقوق في جامعة فيفا : « إن البصرية لتفخر بانتساب رجل كحمد إليها إذ أنه رغم أميته استطاع قبل بضعة عشر قرناً أن يأتي بتشريع منكون نحن الأوروبيين أسعد ما نكون لو وصلنا إليه بعد ألفي عام » .

ثانياً : انعقد مؤتمر القانون الدولى فى جمادى آخر سنة ١٣٥٦ هـ أغسطس سنة ١٩٣٧ م وقد اشترك فيه الأزهر وتقدم مندوبوه ببعضين :

- ١ - المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية فى الإسلام .
  - ٢ - فى علاقة القانون الرومانى بالشريعة الإسلامية ونفى ما يزعمه بعض المستشرقين من تأثر الفقه الإسلامى بذلك القانون .
- وقد أثار مندوبو الأزهر إعجاب الأعضاء الأوربيين بسمو الشريعة الإسلامية بأرقى نمط للحياة الاجتماعية فكانت نتيجة ذلك أن قرر المؤتمر بإجماع الآراء :

- ١ - اعتبار الشريعة الإسلامية جية صالحة للتطور .
- ٢ - اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من أهم مصادر التشريع العام .
- ٣ - اعتبار الشريعة الإسلامية قائمة بذاتها وليست مأخوذة من غيرها .
- ٤ - تسجيل البحث الأول فى سجل المؤتمر باللغة العربية واعتباره بين المجموعة العلمية التى تدخر للرجوع إليها .
- ٥ - استعمال اللغة العربية فى المؤتمر والتوصية بالاستمرار على ذلك فى الدورات المقبلة .

ثالثاً : فى أغسطس سنة ١٩٤٨ م انعقد فى د لاهاى ، المؤتمر التالى واشترك فيه ثلاثة وخمسون دولة وقد اتخذ هذا المؤتمر بناء على اقتراح لجنة القانون المقارن وعطفاً على ما قرره مؤتمر سنة ١٩٣٧ م بشأن التشريع الإسلامى القرار التالى : د نظراً لما فى التشريع الإسلامى من مرونة وماله



من شأن هام يجب على جمعية المحامين الدولية أن تتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع وتشجع عليه .

رابعا : في يوليو سنة ١٩٥١ م عقدت شعبة « الحقوق الشرقية » من المجمع الدولي للقانون المقارن مؤتمرا تحت اسم « أسبوع الفقه الإسلامي » . وقد اشترك فيه الأزهر وجامعة القاهرة وعين شمس وأعضاء آخرون من البلاد العربية والإسلامية وقد حاضروا في خمسة موضوعات فقهية ، عينها المجمع الدولي للقانون المقارن وهي :

- ١ — إثبات الملكية . ٢ — الاستملاك للمصلحة العامة .
  - ٣ — المسؤولية الجنائية . ٤ — تأثير المذاهب الفقهية بعضها في بعض .
  - ٥ — نظرية الربا في الإسلام .
- وعقب كل محاضرة كانت تدور المناقشات حولها بين المحاضرين وأعضاء المؤتمر وفي خلال هذه المناقشات وقف نقيب محامين سابق في باريس فقال : « أنا لا أعرف كيف أوفق بين ما كان يحكى لنا عن جهود الفقه الإسلامي وعدم صلوحه أساسا تشريعيا يفي بحاجات المجتمع المعاصر المتطور وبين ما نسمعه الآن في هذه المحاضرات ومناقشتها مما يثبت خلاف ذلك تماما ببراہین للنصوص والمبادئ » .

وفي ختام المؤتمر اتخذ أعضاؤه قرارا جاء فيه :

« إن أعضاء المؤتمر بناء على الفائدة المتحققة من الأبحاث التي عرضت أثناء أسبوع الفقه الإسلامي وما جرى حولها من مناقشات أثبتت :

- ١ — أن الفقه الإسلامي يقوم على مبادئ ذات قيمة تشريعية لا مزية في نظمها .
- ٢ — إن اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة التشريعية العظمى

ينطوى على ثروة من الآراء الفقهية والمعلومات وعلى مجموعة من الأصول التشريعية البديعة هي مناط الإعجاب وبها يتمكن الفقه الإسلامى أن يستجيب بحرواته لجميع مطالب الحياة الحديثة والتوفيق بين حاجاتهم . . . يعلمون ، و رغبتهم فى أن يظل أسبوع الفقه الإسلامى يتابع أعماله ويكلف . يكتب المؤتمر بوضع قائمة للموضوعات التى أظهرت المناقشات ضرورة جعلها أساساً للبحث فى الدورة القادمة ، ويأمل أعضاء المؤتمر أن تؤلف لجنة لموضع معجم للفقه الإسلامى ، يسهل الرجوع إلى مؤلفات هذا الفقه . فيكون موسوعة فقهية تعرض المعلومات التشريعية الإسلامية وفقاً للأساليب الحديثة ، (١) اهـ .

وقال المستشرق المجرى « فبرى » :

« إن الفقه الإسلامى واسع جداً إلى درجة أننى أتعجب كلما غكرت فى أنفسكم لم تستنبطوا منه الأنظمة والأحكام الموافقة لزمانكم وبلادكم ، (٢) اهـ .

ونذكر بعد ذلك للذين يقولون إن الشريعة الإسلامية لا تصلح لمسايرة العصر والتطور الذى حدث وعليهم أن ينقلوا القوانين الغربية التى لم تصلح للعمل فى أوربا إلا بعد تغيير وتبدل فترة طويلة من الزمن حتى توائم المجتمع الأوروبى . ما قاله « كتشنر » قائد القوات البريطانية فى الشرق الأوسط إبان الحرب العالمية الأولى حيث قال : « إن الدولة العثمانية لا تصلح بالقوانين التى تقتبسها منا معشر الأوربيين حيث لم تصلح لنا

---

(١) تاريخ التشريع الإسلامى للشيخ السائس والسبكى والبربرى ص ٣٢٢ . وراجع المدخل

الفقهى العام للأستاذ الزرقانى ص ٧ ، ٩٠ ج ١

(٢) الإسلام فى غزوة جديدة للفكر الإنسانى للأستاذ أنور الجندى ص ٩٨

هذه القوانين إلا بعد تربية تدريجية في عدة قرون كنا نغير منها ونبدل بحسب اختلاف الأحوال ، وإن عندكم شريعة عادلة موافقة لعقائدكم ولأحوالكم لإجتماعية فالواجب على الدولة أن تعمل بها وتترك قوانين أوربا تقيم العدل وتحفظ الأمن وعندى أنها لا تصلح بغير هذا ، (١) ص ٨١ .

واهتمام الغربيين بالفقه الإسلامى يرجع إلى العصور الوسطى حيث أرادوا معرفة عوامل مجد المسلمين ووصولهم إلى مركز القيادة في العالم آنذاك فأقبلوا على دراسته والإستفادة منه حتى أصبح القانون المدنى الفرنسى كما يقول الباشون في تسعة أدماره مأخوذ من مذهب الإمام مالك بعد مقارنة بينهما (٢) .

وهو اعترف كثير من القانونيين المصريين بأهمية الشريعة الإسلامية وسموها وعظمتها وغناها بما نحتاج إليه البشرية من تشريع يحقق مصالحها في الحاضر والمستقبل مع العمول والمروفة ، وقد حاول الأستاذ عبد الرزاق السنهورى ، وضع قانون مستمد من الشريعة الإسلامية ويقول في هذا الصدد (٣) :

« والهدف الذى نرمى إليه هو تطوير الفقه الإسلامى وفقاً لأصول صناعته حتى نشق منه قانوناً حديثاً يصلح للعصر الذى نحن فيه وليس القانون المصرى الجديد أو القانون العراقى الجديد ، إلا قانوناً مناسباً فى الوقت الحاضر لمصر أو العراق ، والقانون انتهائى الدائم لكل من مصر

---

(١) ص ٩٩ المرجع السابق ومجلة المنار ١٧ ص ٧٧

(٢) مقدمة كتاب المقارنات التشريعية بين القانون المدنى الفرنسى ومذهب الإمام مالك

للسيد عبد الله حسين .

(٣) العالم العربى مقالات وبحوث ج ٢ « بحث القانون المدنى العربى » نشر الإدارة

الثقافية بالجامعة العربية .

والعراق بل ولجميع البلاد العربية إنما هو القانون الذي نشته من الشريعة الإسلامية بعد أن يتم تطويرها ، وقد تكون البلاد العربية عند ظهور هذا القانون قد توحدت فيأتى القانون ليدعم وحدتها وقد تكون في طريقها إلى التوحيد فيأتى القانون عاملاً من عوامل توحيدها ويبقى على كل حال رمزاً لهذه الوحدة ، اهـ .

ويقول أيضاً (١) :

هذه هي الشريعة الإسلامية لو وطئت أكنافها وعبدت سبلها - كان لنا في هذا التراث الجليل ما ينفع روح الاستقلال في فقهنا وفي قضائنا وفي تشريعنا ولأشرفنا نطالع العالم بهذا الفور الجديد فننصق به جانباً من جوانب الثقافة العالمية في القانون ، اهـ .

كما يقول :

إن المقارنة بين الشريعة الإسلامية وبين شرائع الغرب كنفيل بأن يظهر من ذخائر الشريعة الإسلامية في المبادئ والنظريات ما لا يقل في الصياغة وإحكام الصنعة عن أحدث المبادئ والنظريات وأكثرها تقدماً في العالم الغربي ، اهـ .

هذه هي الشريعة الإسلامية كما يراها علماء القانون الوضعي في الشرق والغرب ولكن للأسف وضعت بين مصادر القانون المدني الماهري الذي يتضاءل دونها مصدراً احتياطياً بعد التشريع والعرف . وما زال هذا الحال لا يفكر في تعديله ووضع الأمور في نصابها أحد رغم كل ما قيل قديماً وحديثاً عن صلاحية التشريع الإسلامى للعمل في كل زمان ومكان ووفاته

---

(١) النظرية العامة للالتزامات ص ٤٣ ، وبراجع مقدمة مصادر الحق في الفقه الإسلامى

بحاجة إلى المجتمعات المعاصرة المتطورة على اختلاف أطوارها وبيئاتها،  
وشهد بذلك المسلم وغير المسلم والفضل ما شهدت به الأعداء .

وأخيراً . . فإن إخراج الشريعة الإسلامية لتعمل في حياة الناس وتحل  
محل القوانين الوضعية ، يكون ببيان أصولها وقواعدها وأسسها العامة  
ونظرياتها التشريعية وذخائرها ، وهذا يحتاج إلى بذل الجهد من كل المعنيين  
بالحق الإسلامي ، ويكون ذلك بكتابة الأبحاث فيها ونشرها ، ويتبع في ذلك  
منهاج الدراسة المقارنة بين المذاهب الفقهية بعضها وبعض من ناحية ، وبين  
القوانين الوضعية من ناحية أخرى .

وبذلك يمكن الإنتفاع بالتراث الفقهي الإسلامي الذي يستطيع أن  
يقدم للعالم أفضل النظم للحكم الفاجح في العصر الحديث ، بل ويقدم  
المبادئ التي يمكن أن تقام عليها ديمقراطية جديدة تحقق لكل إنسان معنى  
الحرية والعزة والكرامة الإنسانية<sup>(١)</sup> .

---

(١) راجع مع ما تقدم — الإسلام وحاجة الإنسانية إليه للدكتور محمد يوسف موسى .

## الباب الأول

ويشمل الآتي :

- ١ - معنى العرف والعادة في اللغة .
  - ٢ - معنى العرف والعادة عند الفقهاء وعلماء القانون الوضعي .
  - ٣ - هل يفترق العرف والعادة ؟
  - ٤ - العرف والتقليد .
  - ٥ - سلطان العرف والعادة في المجتمع .
  - ٦ - العرف بين الحقيقة والمجاز :
- ( أ ) أقسام الحقيقة والمجاز .
  - ( ب ) هل يمكن الجمع بين الحقيقة والمجاز .
  - ( ج ) ترك الحقيقة بالعرف .
  - ( د ) الحقيقة المستعملة والمجاز المتعارف .

رفع

عبد الرحمن البخاري  
أسكنه الله الفردوس  
www.moswarat.com

## (١) معنى العرف والعادة في اللغة

السلام عن معنى العرف والعادة في اللغة يقتضي أولاً أن نذكر معنى العرف ثم نذكر معنى العادة .

### — معنى العرف :

ذكرت معاجم اللغة العربية للعرف أكثر من معنى وما يذكره معجم منها لا يخرج عما يذكره غيره إلا قليلاً : وقد أحسن صاحب معجم « مقاييس اللغة » أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا المتوفى سنة ٣٩٥ هـ صنفاً ، فقد ذكر ما نستطيع معه أن نضع يدنا على كل ما ذكره علماء اللغة في معنى العرف في عبارة لطيفة وموجزة فقال (١) :

« عرف » العين والراء والفاء أصلان صحيحان ، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض والآخر يدل على السكون والعلمانية .

فالأولى « العرف » عرف الفرس ، وسمى بذلك لتتابع الشعر ويقال جاء : القطا عرفاً عرباً أى بعضها خلف بعض .

والأصل الآخر « المعرفة والعرفان » ، تقول : عرف فلان فلاناً عرفاناً ، ومعرفة وهذا أمر معروف ، وهذا يدل على ما قلناه من سكونه إليه لأن من أنكر شيئاً توحيش منه ونبا عنه : والعرف « المعروف » سمي بذلك لأن النفوس تسكن إليه .

أبى الله إلا عدله ووفاءه .. فلا النكر معروف ولا العرف ضائع . اهـ



ومثله في هذا قول الآخر :

وليس يضيع عند الله عرف إذا ما العرف عند الناس ضاعا

والمعاني التي وردت في الأصلين المذكورين عند صاحب معجم مقياس اللغة . قد استعملت فيهما بطريق الحقيقة ، ففي الأصل الأول : وهو ما يدل على تنابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض مثل له بعرف الفرس ، والأصل الآخر الذي يدل على السكون والطمأنينة ، وهو المعرفة والعرفان مثل له بقوله : عرف فلان فلاناً عرفاناً ومعرفة .

ويقول ابن منظور في د لسان العرب ، (١) :

« عرف الرمل والجبل ظهره وأعالیه ، ومنه قوله تعالى دوعلى الأعراف رجال » وعرف الديك والفرس والذابة وغيرها منبت الشعر والريش من العنق » والعرف والعارفة والمعروف الجود ، وقيل هو اسم ما تبذله النفس وتسديه « العرف » بالضم والعرف بالكسر الصبر قال أبو دهبيل الجحى :

قل لابن قيس أخى الرقيات ما أحسن العرف فى المصيبات

والعرف اسم من الاعتراف ومنه قولهم : له على ألف عرفاً أى اعترافاً ، وطار القطا عرفاً عرفاً بعضها خلف بعض . ثم قال :

دوعلى الجملة فان الحكمة يغلب ورودها فيما ارتفع من المحسات وكرم المعانى والمعنى الأخير منها يشعر بمتابعة البعض للبعض « اهـ .

وهذا الذى ذكره ابن منظور يشير إلى ما ذكره دمعجم مقاييس اللغة ، فى أصلية وبخاصة عبارته الأخيرة : وعلى الجملة . . . إلخ .

فالأصل الأول : وهو ما يدل على تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض . والمعنى الأخير عند ابن منظور ، وما أشار إليه ابن منظور أولاً : هو الذى أشار إليه دمعاييس اللغة ، فى الأصل الثانى وإن اختلفت العبارة فقد قال : والآخر يدل على السكون والطمأنينة وبعد أن مثل له كما تقدم قال : وهذا يدل على ما قلناه من سكونه إليه لأن من أنكر شيئاً توهم منه ، ونبا عنه ، والعرف المعروف سمي بذلك لأن النفوس تسكن إليه ، وقد قال ابن منظور : « والعرف والعارفة والمعروف واحد ضد المنكر وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه » .

وقال صاحب دأقرب الموارد ، (١) :

« والمعروف ضد المنكر والعرف ضد المنكر يقال : أولاه عرفاً — أى معروفاً — والعرف اسم من الإعراف بمعنى الإقرار » .

وفى الصحاح للجوهري (٢) :

« والعرف عرف الفرس وقوله تعالى « والمرسلات عرفاً » يقال هو مستعار من عرف الفرس أى يتتبعون كعرف الفرس ، ويقال : أرسلت بالعرف ( أى بالمعروف ) ، « والمعروفة » بفتح الراء : الموضع الذى يثبت عليه العرف ، والعارفة أيضاً المعروف ورجل . عروفة بالأمور ( أى عارف بها والهاء للمبالغة ) والعريف والعارف بمعنى مثل « عليم وعالم » .

(١) س ٧٦٩

(٢) تاج اللغة وصاح العربية ج ٤ س ١٤٠٢ : ١٤٠٣ ومثله فى القاموس المحيط

ج ٣ س ١٧٨ : ١٧٩

والتعريف بالإعلام ، والتعريف أيضاً ، إنشاد الضالة . . . وعرفت القوم  
إذا سألتهم عن خبر لتعرفه وقد تعارف القوم أى عرف بعضهم  
بعضاً هـ ا هـ .

وهذا أيضاً يمكن رده إلى ما ذكره «معجم مقاييس اللغة» ، في الأصلين  
الذين ذكرهما .

وبتين من هذه المعاني اللغوية التي ذكرتها معاجم اللغة لكلمة العرف  
أن هذه المادة «ع ر ف» تنبئ بحسب وضعها اللغوي عن الظهور والوضوح  
ويغلب استعمالها فيما ارتفع من الأشياء وأن استعمالها في هذه المعاني بطريق  
الحقيقة لا المجاز ، غير أن صاحب «أساس البلاغة» بعد أن ذكر المعنى  
الحقيقي الذي استعملت فيه كلمة العرف قال (١) : «ومن المستعار» أعراف  
الريح والسحاب والضباب لأوائلمها . . . وأعرورف البحر ارتفعت  
أمواجه . . . وأعرورف فلان للشر اشرأب له .

وقال أيضاً في الكشف في قوله تعالى : «وعلى الأعراف رجال»  
وعلى أعراف الحجاب وهو السور المضروب بين الجنة والنار وهي أعاليه  
استعير من عرف الفرس وعرف الذئك ، ا هـ .

وقد تكرر ذكر هذه المادة وما اشتق منها في مواضع كثيرة في الكتاب  
والسنة واستعمالها لمعنى جامع لكل ما هو معروف بين الناس لا ينكرونه  
ولا يستقبحونه ولكل ما هو مستحسن من الأعمال والأقوال في الصيرمة  
الإسلامية ، كصلة الرحم والكلمة الطيبة وطاعة الله تعالى والتقرب إليه

وحسن الصحبة والمعاشرة والإحسان في المعاملة مع الأهل وغيرهم من الناس<sup>(١)</sup> :

يقول الإمام أبو جعفر الطبري - رضى الله عنه - في قوله تعالى «خذ العفو وأمر بالعرف . والصواب من القول في ذلك أن يقال : إن الله تعالى أمر نبيه - صلى الله عليه وسلم - أن يأمر الناس بالعرف وهو المعروف في كلام العرب مصدر في المعروف يقال : أوليته عرفاً وعارفاً وعارفة كل ذلك بمعنى المعروف<sup>(٢)</sup> .

وقال صاحب الكشف «العرف المعروف والجليل من الأفعال»<sup>(٣)</sup> .

ومن المعاني التي ذكرتها كتب التفسير في «وأمر بالعرف ، أى وأمر بكل ما أمر الله تعالى به وهو كل ما عرفته بالوحي من الله عز وجل وكل ما يعرف من الشرع .

وقال تعالى « والمرسلات عرفاً ، يجوز أن يكون المراد والملائكة المرسلات متتابعة كشعر عنق الفرس ويجوز أن يكون المرسلات بالجود والإحسان<sup>(٤)</sup> .

وجاء في تفسير الفخر الرازي<sup>(٥)</sup> .

«وأمر بالعرف ، والمعروف كل ما عرف أنه لا بد من الإتيان به وأن وجوده خير من عدمه .

---

(١) النهاية لابن الأثير ج ٣ ص ٨٥

(٢) جامع البيان للطبري ج ٩ ص ١٠٦

(٣) ج ٢ ص ١٤٨

(٤) يراجع لباب التأويل وتفسير الألوسي وغيرهما في تفسير الآية .

(٥) ج ٤ ص ٣٣٤

وفي تفسير العلامة أبي السعود :

« وأمر بالعرف » بالجميل المستحسن من الأفعال فإنها قريبة من قبول الناس من غير تكبر .

وقال الجصاص : والمعروف ما حسن في العقل فعله ولم يكن منكراً عند ذوي العقول الصحيحة .

والمعنيان الأخيران : يتفقان إلى حد ما مع ما سيأتي في المعنى الفقهي للعرف ، كذلك يفهم من كلام الفخر الرازي أن العرف له صفة الإلزام حيث ذكر أنه لا بد من الإتيان به وأن وجوده خير من عدمه وما كان كذلك فهو قريب من قبول الناس من غير تكبر كما في عبارة أبي السعود ويضاف إلى ذلك عبارة الراغب الأصفهاني في « مفردات القرآن » ، إذ يقول : والمعروف اسم لكل فعل يعرف بالعقل أو بالشرع حسنه والمنكر ما ينكر بهما قال تعالى « يأمرن بالمعروف وينهون عن المنكر » ، « وأمر بالمعروف وانه عن المنكر » . . . والعرف المعروف من الإحسان وقال تعالى : « وأمر بالعرف » وعرف الفرس والديك معروف وجاء القطا عرفاً عرفاً أى متتابعة ، قال تعالى « والمرسلات عرفاً » (١) .

« سيأتي عند ذكر أدلة اعتبار العرف مزيد من أقوال المفسرين والفقهاء » .

وفي السنة المطهرة جاءت كلمة المعروف في أكثر من حديث من ذلك قوله ﷺ لهند بنت عتبة « خذي مايكفيك ووليك بالمعروف » (٢) وقوله

(١) مفردات غريب القرآن للراغب الأصفهاني ص ٣٣٥

(٢) رواه البخاري .

صلى الله عليه وسلم في شأن النساء « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف »<sup>(١)</sup> وذلك مثل قوله تعالى « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف »<sup>(٢)</sup>.

وقد فسر الفقهاء المعروف بأنه ما يجب لثانها على مثله - كما فسر بالأمور المتعارف عند الناس وعلم قدره بالعرف والعادة أنه يكفي ويقوم بحاجة مثلها حسب ما تعارفه الناس<sup>(٣)</sup>.

## ٢ - معنى العادة في اللغة :

العادة كما في لسان العرب « الديدن » والديدن الدأب والاستمرار على الشيء سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها أي يرجع إليها مرة بعد أخرى جمعها عادات وعوائد هـ.

وفي أساس البلاغة « فلان معاود » ، « مواظب » ويقال للماهر في عمله « معاود ».

وفي الحديث تعودوا الخير فإن الخير عادة والشر للحاجة « أي دربة » وهو أن يعود نفسه حتى يصير سجية له وأما الشر فإن النفس تاج في ارتكابه هـ.

## وفي مفردات الراغب الأصفهاني :

« العود الرجوع إلى الشيء بعد الإنصراف عنه إما انصرافاً بالذات

(١) رواه مسلم .

(٢) سورة البقرة : ٢٢٨

(٣) يراجع معنى اعتبار العرف أول الباب الرابع فيها يأتي .

أوبالقول والذريعة قال الله تعالى : ربنا أخرجنا منها فإن عدنا فإنا ظالمون  
« ولو ردوا لعادوا لما نهوا عنه » .

والمعاني التي ذكرها علماء اللغة لكلمة العادة قريبة من معنى العرف  
فقد اشترطوا فيها لتكون عادة تكررها مرة بعد أخرى واشترط في  
العرف تتابعه واستمراره ، أي أن العادة يمكن أن تصبح عرفاً إذا  
استمرت بعد تكررها .

وسنرى عند الكلام عن الفرق بين العرف والعادة عند الفقهاء أن  
منهم من يقول إنهما بمعنى واحد . ويقول علماء الاجتماع أن العرف  
ينشأ عن العادة كما سيأتي ويقول الحموي في شرح الأشباه لابن نجيم :  
« إن العادة تقتضي تكرار الشيء وعوده تكراراً كثيراً يخرج عن  
كونه واقعاً بطريق الاتفاق » (١) .

## ( ٢ ) معنى العرف والعادة عند فقهاء الشريعة وعلماء القانون الوضعي

أورد : معنى العرف عند الفقهاء :

ذكر الفقهاء للعرف تعريفات متعددة بعضها قريب من بعض نذكر  
منها الآتي :

( ١ ) قال حافظ الدين الذنبي في المستصفي (٢) :

« العادة والعرف ما استقر في النفوس وقلقه الطباع السليمة بالقبول »

(١) يراجع لسان العرب وأساس البلاغة ج ٢ ص ٩٧ ومفردات قريب القرآن ص ٢٠٧

وشرح الأشباه للحموي ص ٧٥ ج ١

(٢) المستصفي في فقه الحنفية مخطوط بدار المصنوع

ويلاحظ أنه فرق بين العرف والعادة - وسيأتي الحديث عن الفرق بينهما ، وقد ذكر هذا التعريف ابن نجيم في الأشباه ، وصاحب مختصر المنار (١) .

(ب) عرفه السيد الجرجاني فقال :

« العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول » (٢) .

(ج) عرفه صاحب « بلوغ السؤل » من المالكية عند شرح قول ابن عاصم الأندلسي في منظومته في الأصول : « العرف ما يعرف بين الناس » .

فقال : « يعني : أن العرف اصطلاحاً هو : المعنى الذي يعرف - أي يعمد ويجرى بين الناس استعماله » ثم ذكر تعريفاً لابن عطية يقول : « العرف هو كل ما عرفته النفوس بما لا ترده الشريعة » .

(د) ذكر أيضاً صاحب بلوغ السؤل تعريفاً لابن ظفر يقول :

« العرف ما عرفت العقلاء أنه حسن وأقرهم الشارع عليه » (٣) اهـ .

وفي هذه التعريفات نجد أن التعريف الأول والثاني قد اشترطا في العرف الاستقرار في النفوس وتلقي الطباع السليمة له بالقبول ، وفي التعريف الثالث والرابع ذكر شرط عدم رد الشريعة له وإقرار الشارع للناس عليه ، فما ذكر في بعضها شرطاً تركه البعض الآخر ، وهذه الشروط والقيود مجتمعة لا بد منها في تعريف العرف المعتبر شرعاً ، ولذا رأيت أن أعرفه تعريفاً جامعاً لما احتوته وهو الذي أرتضيه .

(١) الأشباه لابن نجيم ص ٤٦ ، ومختصر المنار لزين الدين الحاي ص ٢٥

(٢) التعريفات للجرجاني ص ٩٩

(٣) بلوغ السؤل شرح منظومة ابن عاصم في الأصول ص ٣٢٠



ثانياً: تعريفنا للعرف :

« العرف هو ما استقر في النفوس واستحسنه العقول وتلقاه الطباع السليمة بالقبول واستمر الناس عليه بما لا ترده الشريعة وأقرتهم عليه » .

شرح هذا التعريف :

« ما يشمل كل عرف ، وتقييده بالاستقرار في النفوس يخرج العرف الذي لا يستقر ويزول . كالعرف الذي يحدث مرة واحدة أو أكثر ولا يستقر في النفوس واستحسنه العقول ، يخرج من الأعراف ما لا تستحسنه العقول .

« وتلقاه الطباع السليمة بالقبول ، يخرج ما تلقاه الطباع السليمة بالقبول وتلقاه الطباع غير السليمة بالقبول ، كاعتبار مظاهر الإباحة والاهواء العابت عرفاً كما في البلاد الأوربية وعند من قلدوهم دون وعي عرفاً ، لأنها طباع دنستها الأهواء والشهوات .

« واستمر الناس عليه ، يخرج العرف الذي لا يستمر العمل به ويتبدل أو يتغير .

« بما لا ترده الشريعة » يخرج العرف الذي ترده الشريعة الإسلامية لأنه يخالف نصوصها وأحكامها ، كالتعامل بالربا بكل مظاهره وأحواله في البنوك وغيرها ، لأنها أعراف استقرت تبعاً للأهواء والشهوات .

« وأقرهم الشارع ، يخرج من الأعراف ما كان عند ورود للشريعة ولم تقر الناس عليه ، ويخرج أيضاً ما يطرأ من الأعراف التي تردها الشريعة ولا تقرها (١) .

---

(١) في هذا المعنى أخرج البخاري ومسلم وأبو داود عن عائشة — رضى الله عنها — قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحدث في أمرنا هذا — أى ديننا فهو رد » أى مردود وفي رواية « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » .

وأما ما تعارفه الناس واستمروا عليه وكان له اعتبار في العمومية فهو  
العرف المعتبر شرعاً ، كما في تعامل الناس بالاستصناع ووقف المنقول .  
وقد وضع الفقهاء شروطاً لمثل هذه الأنواع من المعاملات يحقق الغرض  
منها ، وما يقصده الشارع من تشريع المعاملات .

الفرق بين المعنى اللغوي والفقهى :

جاء في التعريف اللغوي ما يتواءم والمعنى الفقهى ، ولكن ليس يلزم  
أن يكون المعنى الفقهى لغوياً ، وإن كان تعريف أقرب الموارد — من  
كتب اللغة ، قريباً من المعنى الفقهى ، فإن ما ذكره معجم قبايس اللغة ،  
ولسان العرب : من أن العرف يدل على التابع والسكون والطمانينة إليه ،  
هو ما يريد به الفقهاء من شرط الاستقرار وثبات الطابع السليمة له بالقبول .  
ومع ذلك فإن يتساوى المعنى اللغوي مع المعنى الفقهى لأنه ما زال المعنى  
الفقهى أضيق مجالاً لأن شرطه أن لا يصادم شرعاً فإذا صادمه رد ولم  
يقر الشارع الناس عليه .

ثانياً : تعريف علماء القانون للعرف :

عرف علماء القانون الوضعي للعرف بتعريفات :

( أ ) العرف مجموعة من القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها  
يتوارثونها جيلاً عن جيل والتي لها جزاء قانوني كالقانون سواء  
يسراه (١) .

( ب ) وعرف بأنه : اعتياد الناس على نوع من السلوك مع الاعتقاد  
بأنه ملزم وأن مخالفته تستتبع جزاء مادياً جبراً (٢) .

(١) أصول القانون للسنهوري وأبي سبتيت ص ٨٧

(٢) المدخل للعلوم القانونية د . منصور مصطفى ص ١٥٤

(ج) وعرف : بأنه اطراد التقليد على اتباع سنة معينة<sup>(١)</sup> في العمل مع الإعتقاد في إلزام هذه السنة كقاعدة قانونية ، وهو تواتر العمل بقاعدة معينة تواتراً تمليه العقيدة في ضرورة اتباع هذه القاعدة .

وقال صاحب هذا التعريف الأخير . . وقد يقصد باصطلاح العرف فوق ذلك : الدلالة على القاعدة أو السنة التي تحمل العقيدة في إلزامها على اطراد اتباعها في العمل<sup>(٢)</sup> .

ويؤخذ من هذه التعريفات أن العرف يولد في الجماعة وينشأ من درج الناس على نوع من السلوك توارثوا العمل به « حتى يصبح هذا السلوك ملزماً ومخالفته يترتب عليها جزاء مادي لأنه أصبح قاعدة يجب اتباعها واحترامها كما تحترم القواعد القانونية لأن الناس اتبعوها هذه القواعد بدافع الإحساس بضرورة العمل بها واتبعوها واستحسنوها أو بدافع التقليد لغيرهم في اتباعها .

ومن هذا يفهم أنه لا بد أن يتوفر في قيام العرف واعتباره لدى علماء القانون الوضعي اطراد العمل بسنة معينة وهو ركن مادي يتكون من عموم هذه السنة وقدمها وثبوتها والإعتقاد في إلزام هذه السنة وهو ركن معنوي .

ولو نظرنا إلى ما ذكره علماء القانون في تعريفهم للعرف وجدنا أنه لكي يتطابق التعريف القانوني مع ما ذكرنا في تعريفه لدى الفقهاء يجب أن يضاف إلى ذلك « تلقى الطابع السامية له بالقبول والايخاف القواعد القانونية أو يقره القانون » . وهذا هو ما ذكره في حديثهم عن العرف .

(١) السنة في اللغة : الطريقة والعادة

(٢) المدخل للقانون د . حسن كبره ص ٢٠٧

المعتبر لدى علماء القانون ومع ذلك فإن القانون يقر من الأعراف ما لا نقره  
للشريعة كالتعامل بالربا واعتبار الحمل في الملامى وغيرها مما لا يقره القانون  
ويحميه . . . ١١

ولذلك نجد علماء القانون يختلفون مع فقهاء الشريعة الإسلامية فيما ذكره  
لأنه على التعريفات المذكورة قد يدرج الناس على أنواع من السلوك  
أو يطرد تقليدهم على اتباع سنة معينة فليد بعضهم بعضاً فيها واستحسنوها  
وتعتبر في نظر القانون أعرافاً ملزمة وقد يكون بعضها يتبع الأهواء  
والشهوات كما يحدث في بعض البلاد الأوروبية من سير أمامها على أنماط من  
السلوك يتنافى مع الطبع السليم والعقل تبعاً للأهواء والشهوات .

#### رابعاً : تعريف العادة :

##### ( ١ ) تعريف العادة عند الفقهاء :

إن لفظ العادة كما تقدم في التعريف الخوى يشمل كل متكرر من  
الأفعال والأفعال . والفقهاء عندما تعرضوا لتعريف العادة عرفوا العادة  
التي اعتبرت في بناء الأحكام وجعلوها مرادفة للعرف ، وقالوا : العادة  
محكمة ، ، ، والعرف قاض ، ، .

والعادة إذا كانت مأخوذة من المعاودة والتكرار للأفعال والأفعال  
فإنها تشمل كل ما كان مصدره العقل وتلقته الطباع السليمة وما كان مصدره  
الحوى والشهوة وغير ذلك ، ما يكون سبباً في حدوث أمر ما تكرر مرة  
بعد أخرى . وقال الخوى في شرح الأشياء والنظائر لابن نجيم ، ، .

إن مادة العادة تقتضى تكرار الشيء وعوده تكراراً كثيراً يخرج  
عن كونه واقعاً بطريق الاتفاق ، ، وقد نظر الفقهاء إلى العادة في استعمالهم

والمجتهد في استنباط الأحكام والقاضى فيما يرفع إليه من الدعاوى إذا ما أصبحت العادة معهودة وجارية بين الناس .

ومن لاحظ هذا المعنى لم يفرق بين العادة والعرف عاماً كان أو خاصاً وجعل العرف العادة كما تقدم مترادفين كما قال حافظ الدين النسفى في تعريف العرف كما تقدم « العادة والعرف ، ... الخ ، . وعرفها السيد الجرجاني فقال (١) :

« العادة هي ما استمر عليه الناس على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى » اهـ . وقد أخذ في هذا التعريف شرط الاستمرار وفي العرف الاستقرار لأن العادة لا تسمى عرفاً إلا إذا استقرت كما اشترط العود إلى الشيء مرة بعد أخرى .

وعرفها صاحب « المنير الزاهر شرح المعنى في الأصول » فقال (٢) :  
هي عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة عند الطباع السليمة . وهذا التعريف قريب من تعريف النسفى والجرجاني للعرف ... وقد نقله ابن نجيم في الأشباه وفي « شكاة الأنوار » .

وقد عرفها « على حيدر » في شرحه لمجلة الأحكام العدلية « المادة ٣٦ » ،  
« العادة محكمة » فقال : « العادة هي الأمر الذى يتقرر بالنفوس ويكون مقبولا عند ذوى الطباع السليمة بتكراره المرة ، على أن لفظ العادة يفهم منه تكرار الشيء ومعاودته بخلاف الأمر الجارى صدفة مرة أو مرتين ولم يعتده الناس فلا يمد عادة ولا يبنى عليه حكم والعرف بمعنى العادة ، اهـ .

---

(١) التعريفات من ٩٩

(٢) المنير الزاهر (مخطوط) ومشكاة الأنوار شرح المنار لابن نجيم .

وقد عرف القرافي العادة فقال (١) :

« إنها غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها » .

ومن لاحظ من الفقهاء معنى المعاودة والتكرار فقط ، وأن العادة مأخوذة من المعاودة ، قال في تعريف العادة : « هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية » (٢) .

وهذا التعريف لا يتعارض مع التعريفات السابقة لأن العادة مأخوذة من المعاودة وهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول ، متلقاة بالقبول من غير علاقة عقلية ولا قرينة حتى غلبت على معاملات الناس واطردت بينهم سواء في جميع البلاد أو بعضها وإذا قال الفقهاء ، إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت .

## ٢ ) تعريف العادة عند علماء القانون :

عرف العادة الكانون في أصول القانون بأنها :

« القواعد التي تعارف الناس على اتباعها في معاملتهم والتي تصلح لتفسير نية المتعاقدين دون أن تكون ملزمة بذاتها » ا هـ .

كما ذكر بعضهم ، بأنها تنشأ من اعتياد الناس على نوع من السلوك دون الشعور بالإلزام ومن العادات ما يسمى بالعلاقات القانونية وتسمى العادات الاتفاقية ، وهي عبارة عن شروط يعتاد الناس عن اشتراطها في معاملاتهم صراحة أو ضمناً وتستمد قوتها الملزمة من انصراف إرادة

---

(١) شرح التنقيح ص ١٩٨ ونقله الطرابلسي في معين الأحكام ص ١٦١ وابن فرحق في

التبصرة ج ٢ ص ٦٥

(٢) التقرير والتبصير ج ١ ص ٢٨٢

المتعاقدين إلى العمل بمقتضاها ، قاسا ر عليه الناس واعتادوه في معاملاتهم من غير أن يكون ملزماً لهم فيفعلونه متى شاؤا فهي العادة وركن الإلزام فيها أن يتفق الناس عليها في معاملاتهم وتنصرف إليها نياتهم (١) .

### ( ٣ ) الفرق بين العرف والعادة

#### ١ — الفرق بين العرف والعادة عند الفقهاء :

لو نظرنا في التعريفات التي تقدمت للعرف والعادة ، نجد أنه قد اشترط في العرف الاستقرار وتلقى الطباع السليمة لما يعهد ويجرى بين الناس بالقبول وأن يقر الشارع ذلك الذي تعارفه الناس واستمروا عليه أولاً يعارضه بحال ما .

كما جاء في تعريف العادة عند بعض الفقهاء أنها ما تكررت مرة بعد أخرى لأنها مأخوذة من المماودة والتكرار .

وقد تقدم أن حافظ الدين النسفي قال في تعريفه : العادة والعرف ما استقر في النفوس وتلقته الطباع السليمة بالقبول . فجعلهما بمعنى واحد . وقد مشى على ذلك في كتابه : كشف الأسرار شرح المصنف على المنار . حيث قال : « تترك الحقيقة بدلالة العادة ، ويفهم من كلامه أن المراد بها العرف القولي والعملي . كما يعبر أحياناً بالعادة وأحياناً بالعرف بما يدل على أنهما بمعنى واحد . إذ يقول :

« ومن حلف لا يشتري أولاً يأكل رأساً ينصرف يمينه إلى ما يتعارف بيعه في الأسواق على حسب ما اختلفوا فيه وسقط غيره وهو حقيقة

---

(١) أصل القانون للسنهوري وأبوسيتيت ص ٩٥ والمدخل للقانون والمدخل للمعوم

بدلالة العادة ، ومن حلف لا يأكل بيضاً يختص ببيض الدجاج والأوز للاستعمال فيه عرفاً ولا يختص ببيض الحمام والعصفور ، (١) ٥١ .

وكذلك مشى ابن عابدين ، على أن العرف والعادة بمعنى واحد إذ يقول في رسالته « نشر العرف في التعليل على تعريف صاحب التحرير للعادة » بأنها الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية . قلت « العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس ، متأقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية . فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث المصادق وأن اختلافاً من حيث المفهوم . ثم العرف عملي وقولي ، فالأول كتعارف قوم أكل اللحم والضأن والثاني كتعارفهم لإطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره (٢) ٥١ .

وعلى ذلك فيكون عطف العادة على العرف في قول الفقهاء . أتترك الحقيقة بدلالة العرف والعادة « وأمثاله من باب المترادفين » .

وقد سار على هذا د علي حيدر ، في شرحه للمادة ( ٣٦ ) من مجلة الأحكام العدلية كما تقدم فيما نقل عنه في تعريف العادة عند الفقهاء وسار على هذا أيضاً صاحب « مرآة المجلة » (٣) .

وقد ذكر القرافي كما تقدم — في تعريفه لفظ « العادة » ويقصد بذلك العرف كما يفهم من كلامه في هذا الموضوع ، ويقول صاحب « حاشية التوضيح على التنقيح للقرافي عند قوله « وعندنا العوائد مخصصة للعموم »

---

(١) كشف الأبرار شرح المصنف على المنار وكلاهما لحافظ الدين النسفي ج ١ ص ١٨٢ .

(٢) رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٥

(٣) شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ( م ٣٦ ) ويوصف أصاف في مرآة المجلة .



المراد بالعوائد العامة وهي ما غلب على الناس من قول أو فعل (١). اهـ  
فالفقهاء أجزوا العادة في الأقوال والأفعال معاً وجعلوا العرف  
والعادة بمعنى واحد وصريح ابن عابدين بأنهما من حيث الماصدق بمعنى  
واحد وإن اختلفا من حيث المفهوم .

هذا وقد سار بعض الفقهاء على التفرقة بين العرف والعادة منهم  
« صاحب التحرير » حيث ذكر أن المراد بالعادة العرف العملي، والمراد  
بالعرف العرف القولي (٢).

كذلك يقول صاحب « فصول البدائع في أصول الشرائع » فيما تترك  
به الحقيقة : « وحصرها المشايخ في خمسة » : ما بدلالة العرف قولاً  
والعادة فعلاً (٣).

وفي الحقيقة أن هذه التفرقة غير معتبرة لأن استعمالات الفقهاء  
وتفريعاتهم المسائل يفيد أنهما بمعنى واحد من حيث لا يصدق عليه كل  
منهما .

قال الإمام الشاطبي - رحمه الله - في ذكر العادات المتبدلة :

« منها ما يكون متبدلاً في العادة من حسن إلى قبيح وبالعكس مثل  
كشف الرأس فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع فهو لذوي المروءات  
قبيح في البلاد الشرقية وغير قبيح في البلاد الغربية فالحكم الشرعي يختلف  
باختلاف ذلك (٤) . فيكون عند أهل المشرق قاذوا في العدالة وعند أهل

---

(١) شرح التنقيح ص ٩٤ وحاشية التوضيح والنمذج لهكلات التنقيح للشيخ محمد الطاهر  
ابن عاشور ج ١ ص ٢٤٨

(٢) التقرير والتخيير ج ١ ص ١٨٢

(٣) الموافقات ج ٢ ص ٢٩٨

(٤) التعبير بأن الحكم الشرعي يختلف باختلاف العادة فيه نظر : لأن الحكم الشرعي  
لا يختلف وذلك أن الحكم الشرعي في مثل هذا هو العدالة ومناط الحكم هو ما لا يحدش  
المروءة ، فحينما تحقق هذا المناط تحقق الحكم الشرعي ، فكشف الرأس يحدش العدالة =

المغرب غير قادح ، ومنها ما يختلف في التعبير عن المقاصد فتتصرف  
العبارة إلى معنى عبارة أخرى بالنسبة إلى اختلاف الأهم كالعرب مع  
غيرهم وإما بالنسبة إلى الأمة الواحدة كاختلاف العبارات بحسب  
اصطلاح أرباب الصنائع في صيغاتهم مع اصطلاح الجمهور . اهـ  
وقد ذكر صاحب « كشف الأسرار شرح أصول البزدوى » ما يشعر  
بأن العرف عند الإطلاق يشمل القول والفعل . وأما العادة فلا تشمل  
إلا الفعل عند إطلاقها ، وعلى هذا فلا ترادف إذا قال : « ترك الحقيقة  
بدلالة الاستعمال والعادة » وإن كان بينهما عموم وخصوص (١) .

وقال صاحب التلويح : « أو عادة يشمل العرف العام والخاص وقد  
يفرق بينهما باستعمال العادة في الأفعال والعرف في الأقوال » (٢) . اهـ .  
ونخلص من ذلك إلى أن العرف والعادة بمعنى واحد إذا ما تحدث  
عنهما الفقهاء في استعمالاتهم وبناء الأحكام عليهما وأن قولهم : « العادة  
محكمة والعرف كالشرط » فالمراد العادة والعرف الذي يعتبر في بناء  
الأحكام الشرعية وحمل ألفاظ التصرفات عليه ، فالعرف الذي استمر  
والعادة التي استقرت في النفوس لا وجه للفرقة بينهما لأن العادة تنشأ  
بتكررها مرة بعد أخرى واستمرارها يجعلها تستقر في النفوس فتسمى  
عرفاً إذا تلقته الطباع السليمة بالقبول واستحسنته العقول ، فالعرف  
إذا كان ناشئاً عن العادة فالعادة قبل أن تصبح عرفاً بالاستمرار غير معتبرة  
وليست مرادة للفقهاء إذا ما تحدثوا عن العادة أو العرف المعتبر في بناء الأحكام .  
ولا يعترض على ذلك بأن عادة المرأة في الحيض عادة محدوثها مرة  
واحدة ، ومع ذلك اعتبرت في ترتيب الأحكام الخاصة بالخاصة عليها .

== عند أهل المشرق ولا يחדشها عند أهل المغرب فالمسك واحد وإنما الذي اختلف هو  
مناط الحكم . وهذا الذي ذكره الشاطبي مثالا للعرف في زمنه ، وقد تبدل هذا العرف الآن

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوى ج ٢ ص ٩٦ ، ٩٨

(٢) التلويح على التوضيح ج ١ ص ١٧٥

وذلك لأن هذه سميت عادة لمعادرة الحيض لها مرة بعد أخرى كما أنها لا تتخلف غالباً بعد حصولها مرة وفي حالة اضطرابها ترجع إلى عادة أقراها . . كما أن العرف هو عادة أكثر القوم أو أغلبهم ولا تكون العادة عرفاً إلا إذا تعارفها أكثر القوم وغلبت على استعمالهم ولو كانت عادة فردية في أصل نشأتها .

## ٢ — الفرق بين العرف والعادة عند علماء القانون :

يفرق علماء القانون بين العرف والعادة ، بأن العرف ملزم للعاقدين ولو كانا يجهلان به أما العادة فغير ملزمة إلا إذا ظهر أن قصد العاقدين هو إتباعها سواء كان القصد صريحاً أو ضمناً مستفاداً من ظروف التعاقد . كما كان العقد وزمانه . والغرض من التعاقد فالعادة ليست ملزمة بذاتها بخلاف العرف فإنه يستمد قوته الملزمة باعتباره قاعدة قانونية إلزامت بها الجماعة . ككل القواعد القانونية التي هي طرق أو وسائل للتعبير عن إرادة الجماعة وعلم ذلك من رضى المجتمع بالعرف من حيث أن نشوء العرف واستقراره يدل على رضى الجماعة به . ولذلك جرى إصطلاح القانونيين على التفرقة بين العرف والعادة كما في التعريفات التي تقدم ذكرها حيث جاء فيها « أن العرف قواعد لها جزاء قانوني — أو اعتياد نوع من السلوك مع الإعتقاد بأنه ملزم ، ومخالفته تستتبع جزاء مادياً جبراً » .

وقالوا في العادة أنها تخضع لتفسير العاقدين لها دون أن تكون ملزمة بذاتها « وترتب على ذلك أن العرف يفترض العلم به ولا يقبل الاعتذار بجهل أحكامه لأنه ملزم باعتباره قاعدة يجب إتباعها أما العادة فتخضع لإرادة العاقدين » .

وهذا يمكن رده إلى ما قاله الفقهاء في العرف والعادة المعبرين في بناء

الاحكام، فإن العادة كما تقدم إذا تكررت مرة أو مرتين ولم تستقر في النفوس ولم يجر بها عمل فانها غير معتبرة وغير ملزمة أما إذا استمرت واستقرت في النفوس وجرى عمل الناس بها فهذا هو العرف المعتبر أو العادة المعتبرة عند فقهاء التشريع الإسلامى .

ويقول الأستاذ السنهورى وأبو ستيت (١) : « وإذا كنا نقول بوجود التفرقة بينهما فلا يفهم من ذلك أن الانفصال بينهما قام بل بالعكس هما متداخلان إذ كثيراً ما تتحول العادة إلى عرف بأن تستقر بعض العادات حتى تصبح قاعدة عامة في محيط معين ، وبعد ذلك يزداد انتشارها في هذا المحيط إلى حد أن يفترض وجودها في كل اتفاق وحينئذ تقترب من العرف بل لا يكون بينهما سوى خطوة واحدة بأن تنفصل تماماً عن إرادة الأفراد لتصبح قاعدة عامة مجردة محتوية على عنصر الإلزام وتصبح قانوناً كالقانون المكتوب سواء بسواء » ١ هـ .

ويقول الدكتور حسن كيرة (٢) : « ومهما يكن من أمر الفرق بين العرف والعادة فالثابت أن العادة تنهى في كثير من الأحيان إلى أن تصير عرفاً حينما تحل إرادة جماعية مشتركة محل الإرادات الفردية في التقيد بها أى حينما ينفصل الإلزام الذى يصاحب العادة عن إرادة المتعاقدين ليصبح إلزاماً عاماً يقوم على عقيدة عامة في وجوب احترام السنة التى تجرى بها العادة ووجوب كفالة هذا الإحترام بقوة الجماعة أو الدولة فتصبح العادة بذلك قاعدة قانونية ، ملزمة بذاتها ترصد الدولة أو الجماعة قوتها على كفالة احترامها ومراعاتها » ١ هـ .

(١) أصول القانون ص ١٠٠

(٢) من المدخل للمعلوم القانونية ص ٢١٣

وعلى ذلك فالقاضي باعتباره مكلفاً بتطبيق القانون، يلزم بتطبيق العرف من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصوم ذلك أو يتمسكوا به ، وأما العادة فيجب على ذوى المصلحة التسك بها حتى يمكن للقاضي أن يطبقها . وقد جاء في المادة الأولى من القانون المدنى المصرى (الفقرة الثانية) « أنه إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف » . وقد قال فقهاء الشريعة الإسلامية « إن ما جاء من الأحكام مطلقاً فإنه يرجع فيه إلى العرف » .

وأما من حيث الإثبات فالعرف باعتباره قاعدة قانونية المفروض فى القاضى العلم به أما العادة فيقوم بإثباتها من يتمسك بها كما يرجع القاضى إذا كان العرف خاصاً بمهنة إلى أهل هذه المهنة . وهال هذا ما ذكره ابن حجر فى فتح البارى والعينى فى عمدة القارى (١) :

« أن شريحاً القاضى قال للغزاليين لما ترفعوا إليه سنتكم بينكم » (٢) .

كما ذكر علماء القانون أن عدم مراعاة القاضى للعرف يخضع لرقابة محكمة النقض — وهى الرقبة على صحة تطبيق القانون — إذ العرف قانون خلافاً للعادة التى لا تخرج عن أن تكون مجرد واقعة لقاضى الموضوع الرأى فيها .

هذا يحمل ما قاله علماء القانون فى التفرقة بين العرف والعادة ويفهم منه

(١) فتح البارى ج ٤ ص ٣٢١ ، وعمدة القارى ج ١٢ ص ١٦

(٢) هو شريح بن الحارث السكندى ولى قضاء الكوفة فى عهد عمر بن الخطاب واستمر قاضياً عايناً إلى عهد عبد الملك بن سهران قطاب أن يعنى من القضاء فأعنى منه ، وكان قد تركه ثلاث سنوات أثناء الخلاف بين عبد الله بن الزبير وبني أمية . ومات رضى الله عنه ، ما بين سنة ٧٨ ، ٨٠ هـ عن مائة وعشرين سنة .

أن التفرقة بينهما في حالة عدم استمرار العادة أو استقرارها حتى تصير عرفاً ملازماً — وهو ما ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية كما أشير إلى ذلك فيما تقدم — وقد قال الفقهاء « العادة محكمة والعرف كالشرط » ، وقال علماء القانون « العرف ملازم بذاته وهو قاعدة قانونية » . وأما العادة التي لم تصر عرفاً فإنها ملزمة إذا انفق عليها العاقدان عند الفقهاء وعند علماء القانون وهي التي يسمونها بالعادة الإتفاقية (١) .

#### ( ٤ ) العرف والتقليد

يقول علماء الاجتماع : إن العرف : هو ما أجمعت العقلاء على الرضا به من بعض الأحوال الاجتماعية ، كما يطلقونه على ما يتابع الناس فيه بعضهم بعضاً سواء أكان ذلك مصدره العقل أو الفريضة أو الصدفة والاتفاق .

فالتعريف الأول قريب من تعريف الفقهاء للعرف حيث ذكروا فيه تلقى الطباع السليمة له بالقبول — كما تقدم .

أما إطلاقه على ما يتابع الناس فيه بعضهم بعضاً فإن الناس قد يتعارفون بعض الأحوال التي لا يقرها عقل سليم ولا طبائع سليمة ويعتبرها علماء الاجتماع عرفاً ، وهذا عرف فاسد غير معتبر عند الفقهاء .

أما العادة فقالتوا : هي مجموعة من الأنعال الاجتماعية بالممارسة أخذت

---

(١) يرجع في ذلك مع ما تقدم : المذكرة التمهيدية القانون المدني في المادة الأولى والمواد ١٥٠ ، ٤٣٢ ، ٤٦٤ وغيرها ، ما تقدم في تعريف العرف وما يأتي في شروط اعتبار العرف .

قوة اجتماعية ويمكن التمييز بين الفردى منها وهى المتعلقة بشخص الإنسان وهى عادة محدودة النطاق ، والآثر وإذا تطرقت إلى المجتمع وكان لها أثر اجتماعى أصبحت ينظر إليها باعتبار ذلك الآثر وهى العادات الجمعية ذات الأهمية ومن صفاتها العموم والانتشار .

والعرف يختلف عن العادة لأن تحديده مرتبط بالناحية العقيدية وهذا يعطيه قوة فى مبلغ تمسك المجتمع به وهو ما يجعل العرف يصل إلى قوة القانون .

أما التقاليد : فهى مجموعة من الأفعال : « تشبه العادات » ولكنها تختلف عن العادة فى أنها متعلقة بمجتمعات محلية وهى عادة طبقية مثل الأخذ بالنار مثلاً .

وتختلف التقاليد عن العرف فى أنها ليست لها ارتباط بالناحية العقيدية وإن كانت بعض العادات فى الجاهلية ترتبط بناحية عقيدية . كالأخذ بالنار .

والتقليد : هو انتقال الشيء من جيل إلى جيل كما يكون من فرد إلى غيره ، فانتقال العرف أيضاً من جيل إلى آخر تقليد ، حتى إذا استقر بعد فترة طويلة وثبت فى المجتمع أصبح يطلق عليه « العادة » أو « العرف » .

والتقليد يفترض فيه وجود جماعة منظمة ووجود استمرار واتصال بين الأجيال المتعاقبة داخل الجماعة ، وعلى هذا يمكن القول : بأن كل عناصر الحياة الاجتماعية ترجع إلى التقاليد ويفرق بعض علماء الاجتماع بين العادة والتقليد فيعتبرون السلوك الخاص هو العادة وحيث يشترك الجميع فى فعل شيء معين استمروا عليه فهو التقليد ثم يصيره هذا التقليد

عرفاً باستقراره واطراد العمل به كما ذكر في تعريف العرف عند علماء القانون .

فالعادات والتقاليد ليست إلا إطارات للسلوك والاعتقاد للأفراد الكائنين في جماعة ما من الجماعات بحيث لا يسمح للأفراد الخروج أو التصرف فيها تصرّفاً يتنافى معها وهي تمثل ما ارتضاه المجتمع بعد تجارب مرّت به وبعد مرور زمن كاف جعلها تكتسب احتراماً خاصاً .

وفهم من ذلك إلى أن العرف والتسك به هو آخر مرحلة لتطوير التقاليد واستمرارها فهي تبدأ بعمل قام به إنسان أو جماعة ثم قلدهم فيه الغير أو تكرر حتى أصبح عادة استمر الناس عليها واستقرت في النفوس بعد استحسانها ، وقد ينشأ هذا التقليد أعرافاً حسنة أو أعرافاً غير حسنة ومع ذلك له أثر في المجتمع يصل به أحياناً إلى قوة القانون وخاصة في المجتمعات البدائية .

والبواعث التي أنشأت التقليد وعملت على استمراره حتى أصبح عادة ثم عرفاً إما بواعث خارجية كظهور مصالحة من شيء أثناء القيام به لأول مرة أو أمر من إنسان تجب طاعته ، أو عمل من الأعمال التي تدعو إليها البيئة الطبيعية والحياة الاجتماعية ، وذلك عندما يصادف هوى في النفوس يجعلها على استعداد لقبوله ويصبح متعارفاً بين أفراد المجتمع ، وليس بشرط أن يطرد العمل به فقد يتعارف الناس على أمرين متضادين وهذا هو العرف المشترك .

كما يجري التقليد واتباع الغير في الأفعال يجري في الأقوال وذلك لأن الإنسان مدني بطبعه ومحتاج إلى أن يوجد في جماعة يعاونهم ويعاوتونه فهم مضطرون إلى أن يشاركهم في أعمالهم وأقوالهم ولذلك وجدنا الأساليب



اللغوية تختلف باختلاف الطوائف وأرباب الحرف ، وكذلك تختلف من بيئة لأخرى ، حتى تصبح هذه الأساليب المصطلح عليها حقائق عرفية بعد أن يتداول اللفظ ويتبادر بعنايه إلى الفهم عند الإطلاق .

ونخلص من ذلك إلى أن التقليد هو سبب العرف في أحيان كثيرة مهما كان سبب نشأته ، والتقليد لاغير قد يكون عن إدراك ووعي وفهم لما قلد المرء فيه غيره أو قلدت فيه الجماعة غيرها أو قلد جيل الجيل الذي سبقه في أمر ما حتى استقر في النفوس وتلقته الطبائع السليمة بالقبول من بعض الأحوال الاجتماعية - وهذا هو ما يعتبره علماء التشريع ولا يختلفون مع غيرهم في اعتباره . أما التقليد الأعمى للسابقين أو غيرهم فإن هذا هو ما يعارضه أهل الإصلاح وأصحاب الدعوات (١) .

### ( ٥ ) سلطان العرف والمادة في المجتمع

إن الأعراف والعادات التي تستند إلى قبول عام ويكون سببها أموراً عرضت أو منفعة ظهرت من القيام ببعض الأعمال والتجارب أو رغبة عامة في النظام والعدالة التي ارتضاها المجتمع واستمر الناس عليها فإنها بعد زمن يصبح لها احترامها وساطتها ولا يستطيع أحد مخالفتها والخروج عليها يعتبر خروجاً على الجماعة فتنزل بالخارج عليها أقسى العقاب أو يجد فيه لوماً وحرجاً شديداً .

وكل جماعة نجد لها مجموعة من الأعراف والعادات أو الرسميات والشكليات المتبعة في كثير من شئونها ولا سيما ما يسمى في العصر الحديث

---

(١) تراجع في ذلك كثر العلوم واللغة من ٦٦٥ وكتب علم الاجتماع والأخلاق في بحث العرف والمادة .

بنظام « البروتوكول » وهذه النظم ليست إلا شكلا مجسما من العادات والتقاليد ، وهذه الشكليات تساعد على تكوين عادات وتقاليد جديدة أو تضمان استمرار العادات والتقاليد القديمة أو إحيائها .

وقد كان العرف والعادة في المجتمعات القديمة هو القانون الذى تسيّر عليه الجماعة حيث كانت العلاقات الاجتماعية مبسطة والمصالح المشتركة قليلة وكان الجميع على علم بعادات الجماعة وتقاليدها التى توارثوها سلفاً عن خلف بطريق التلقين وبخاصة من المستنيرين فى المجتمع ، وأصبحت العادات بهذه الصفة من ضروريات الحياة التى لا يستغنى عنها ، كما أصبحت بحيث يعسر تركها والخروج عليها ومن هنا قالوا : « العادة طبيعة ثانية » يعنون بذلك أن لها من القوة ما يقرب من الطبيعة الأولى ، وهى ما ولد عليه الانسان وفطر عليه منذ خروجه من بطن أمه ، فكل إنسان خرج إلى هذا العالم كآلة مجهزة بكثير من الأدوات عين تبصر وأذن تسمع ومعدة تهضم ، وغرائز فطرية وهكذا . فهذا الذى ولد عليه وورثه عن آبائه وأجداده هو طبيعته الأولى ، ولها سلطان كبير على الانسان فلو حاول أن يبصر بأذنه وبسمع بعينه ما استطاع فهو لا بد خاضع لسلطانها .

كذلك للعادات والعرف سلطان كبير يقرب من سلطان الطبيعة الأولى للانسان ، ولذا نجد كثيراً من الناس يقعون ضحية العادات والتقاليد فهم عبيد أذلاء بخضوعهم لها . وأحياناً كثيرة لا يؤمن الناس بفائدة هذه العادات والتقاليد لهم أو لغيرهم ويعتقدون فى ضررها ، ومع ذلك تتبع خوفاً من اللوم كما يحدث فى المآتم والأفراح مما جرى به العرف الفاسد .

يقول علماء الاجتماع « إن المجتمع السعيد حقاً هو ذلك المجتمع الذى يوجد من بين أفراده لا سيما المستفيدين منهم من يوجه المجتمع إلى العادات

والتقاليد التي أصبحت لا تلائم روح العصر وذلك أن العادات والتقاليد ككل نمط اجتماعي ، إنما تقوم لتأدية وظيفة اجتماعية معينة ولكن بمرور الزمن وبحكم التطور الاجتماعي تتغير هذه الوظيفة أو تزول نهائياً ، وتبقى العادة أو التقليد كما هو بلا تغير ولا تحوير وقد تنقضي فترة طويلة قبل أن يثبت العمل الجمعي إلى عدم التناسب الموجود بين العادة أو التقليد والوظيفة التي وجد من أجلها وهذا يؤدي إلى تكوين المشكلات الاجتماعية ، فإذا شعر المستنيرون بهذا الوضع غير المتناسب فيجب أن يوجهوا النظر إليه (١) .

ولكن هذه العادات والتقاليد قد يكون من الصعب تغييرها وتحتاج إلى جهد ومشقة لأهميتها في نظر المتمسكين بها ، وهذا رضى لهم للداعي إلى تركها ، وسبب ذلك في الغالب هو التقليد الأعمى للسابقين وغيرهم ، والدارس للتاريخ الاسلامي وغيره من الأديان يدرك مبلغ تأثير التقليد في حياة الأمم والشعوب ، فالإسلام تصدى لدعوته المتمسكون بعادات الآباء والمقلدين التقليد الأعمى لأسلافهم دون فهم أو إدراك .

وكذلك من ينظر إلى المجتمعات المعاصرة يجد أن النفوس قد سارت بعد أن تركت عقالها وركبت رأسها تقلد غيرها أو يقلدها غيرها في كل شيء نافع أو ضار لأن العاطفة الدينية قد ضعفت ، وهي القوة المعنوية العليا التي تستطيع تعديل هذه الانحرافات وهذا التطرف . وقد يذهب الناس مذاهب متعددة في علاج هذا الانحراف والتخلص منه ، ولكن الذي يتعمق في دراسة الطبيعة الانسانية يجد أن التربية الدينية هي خير ما يعالج به هذا الانحراف وأنه لا يوجد أقوى منها تأثيراً في النفوس وتقويماً لها .

والعقيدة الدينية إذا كانت قد ضعفتم في النفوس وظن الدهماء أن ما طبعت عليه من أمور تقليدية هو سبب ضعفها فهذا خطأ محض ، لأن الدين الاسلامي ينمى على التقليد والمقلدين ويدعو إلى النظر وإعمال العقل والفكر في أمور الحياة ويبني عقائده وشرائعه على الحق والدليل القوي المتين ، ويقوم هذا كله على أسلوب يفوق الأسلوب العلمى الحديث في سحر أصوله ودقة تمحيصه .

وقد عمل الاسلام على تذليل عقبة التقليد الاعمى فعالج ذلك في ألوان متعددة من البيان والتدليل بحيث لا يدع لاحد مجالاً للتضليل أو التعطيل ، وقد صور القرآن الكريم مدى قسوة العرف والتقليد وسلطانه على النفوس فقال :

« وإذا قيل لهم اتبعوا ما أنزل الله قالوا : بل نتبع ما ألفينا عليه آباءنا أولو كان آباؤهم لا يعقلون شيئاً ولا يهتمدون » (١) .

وقال تعالى : « وإذا قيل لهم تعالوا إلى ما أنزل الله وإلى الرسول قالوا : حسبنا ما وجدنا عليه آباءنا أولو كان آباؤهم لا يعلمون شيئاً ولا يهتمدون » (٢) .

وقد لقي رسول الله ﷺ من قومه بسبب جمودهم على عادات الآباء وتقليدهم الاعمى لهم عنقاً شديداً وآذوه ومن آمن معه أذى كثيراً .

وأخذ الإسلام يوظف فيهم العقل ويدعوهم إلى النظر في مصائر غيرهم وأنهم يقلدون من غير علم ولا هدى ولا كتاب منير .

(١) سورة البقرة ص ١١٧

(٢) سورة المائدة ١٠٤

ومراعاة اسلطان العادة على النفس وفي المجتمع كانت الشريعة  
الاسلامية تتبع التدرج في تشريع الأحكام حتى يتخلص الناس مما ألفوه  
من مساوئ شئناً فشيئاً .

روى البخارى عن عائشة — رضى الله عنها — قالت : « إنما نزل  
(من القرآن) أول ما نزل سورة من المفصل فيها ذكر الجنة والنار حتى  
إذا تاب الناس إلى الاسلام نزل الحلال والحرام ولو نزل أول شيء  
لا تشربوا الخمر لقالوا : لاندع الخمر أبداً ولو نزل لا تزونا لقالوا : لا  
فدع الزنا أبداً ، اهـ .

وإذا كان لا يعرف هذا السلطان ، وهذه القوة فالواجب عند حدوثه  
ونشأته ، وقبل تمكنه في النفوس أن ينظر إليه العلماء والفقهاء . فإن كان  
صحيحاً تقرر قواعد الشرع ويتفق مع مقاصده العامة ساعدوا على ذبوعه  
وانتشاره طالما كان فيه تحقيق مصلحة للمجتمع ، وإذا كان فاسداً لا يقره  
الشرع فيجب بيان ذلك للناس ومحاربته ومكافئته مع بيان ما هو الصحيح  
من أحكام الشرع وأوامره ونواهيه ليكون الناس على بصيرة من أمرهم  
حتى لا ينحرفوا أو يضلوا في متاهات البدع والأهواء .

وتلك هي طبيعة الاسلام ، فقد كان للعرب في الجاهلية أعراف وعادات  
ساروا عليها في حياتهم الاجتماعية وفي معاملاتهم المدنية ، ولها من السيطرة  
والتمكن من النفس ما لها ، فنظر إليها الاسلام فأقر الصالح منها لبقاء  
المجتمع وغير أو ألغى ما كان فاسداً . وعرف العرب في الجاهلية كثيراً  
من ضروب المعاملات ، كالبيع ، والرهن والشركة والمضاربة والإجارة  
والسلم ، وقد أقر الإسلام ما كان منها صالحاً لبقاء في ظل الشريعة  
الاسلامية وحرم وألغى ما كان غير صالح منها ومن هذا الذى حرمه

الإسلام ، العقود التي تؤدي إلى الغرر والمشاحنات وأكل أموال الناس بالباطل كما أقر من العقود الشرك والمضاربة وغيرهما مما ليس فيه غرر ولا يؤدي إلى مشاحنة .

فقد روى الإمام أحمد وأبو داود وابن ماجه — رضى الله عنهم — عن السائب المخزومي — رضى الله عنه — أنه كان شريكاً للنبي ﷺ قبل البعثة فجاء يوم الفتح فقال ﷺ مرحباً بأخي وشريكي كان لا يمارى ولا يدارى .

وقال ابن هشام وهو يتحدث عن زواج الرسول ﷺ بخديجة بنت خويلد وكانت امرأة تاجرة ذات شرف ومال تستأجر الرجال في مالها وتضاربهم لإياه بشيء يجعله لهم (١) .

وقد أقر الإسلام هذه العقود لأنها صالحة لقيام الحياة العملية ثم وضع الفقه قواعدها وشروطها وحدودها ليكون الغرض منها مصلحة العاقلين معاً في حدود الشرع .

وما كان من العقود فاسداً كالربا وبعض أنواع النكاح التي تعارفها العرب في الجاهلية ألفاه ، فقد روى الامام البخاري عن عائشة — رضى الله عنها — قالت : د إن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء . فنكاح منها نكاح الناس اليوم ، يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها ، ونكاح آخر كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طهرها — أي حيضها — : أرسلى إلى فلان فاستبضعى منه ويعتزلها زوجها ولا يمسها حتى يتبين حملها من ذلك الرجل ، ونكاح آخر يجتمع الرهط

( ما دون العشرة ) فيدخلون على المرأة كلهم يصيبونها فإذا حملت ووضعت ومرت ليال بعد أن تضع أرسلت إليهم فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها ، فتقول لهم : قد عرفتم الذي كان من أمركم وقد ولدت فهو ابنك يا فلان تلحقه بمن أحببت فلم يستطع أن يمتنع . ونكاح رابع : يجتمع كثير من الناس فيدخلون على المرأة فلا تمتنع عن جاءها ومن البغايا ينصبن على أبوابهن الرايات فن أرادهن دخل عابهن فإذا حملت إحداهن ووضعت حملها ، ودعوا لها القافة فألحقوا ولدها بالذي يرون فالتطاط به ( أى التحق به ) ودعى ابنه لا يمتنع منه ، فلما بعث النبي ﷺ بالحق هدم نكاح الجاهلية إلا نكاح الناس اليوم (١) .

وهذه الثلاثة الأخيرة هي ما يسمى بنكاح الاستبضاع ونكاح الأخدان أو تعدد الأزواج ونكاح البغايا أو الإباحة المطلقة ، كذلك حرم الإسلام نكاح « المقت » وهو زواج الرجل زوجة أبيه ، ونكاح المتعة والشغار وجعل عدد الزوجات أربعاً بعد أن كان ليس لهن عدد معين .

والإسلام في إبقائه على الصالح من الأعراف والعادات كان يهدف إلى صلاح المجتمع وكذلك في تغييره للفساد . كذلك راعى العرف الصالح في بناء الأحكام وجعل له اعتباراً كما سيأتى .

---

(١) البخارى كتاب النكاح باب من قال لا نكاح إلا بولي ونيل الأوطار ج ٦ ص ١٥٦

## (٦) العرف بين الحقيقة والمجاز

الحقيقة في اللغة : هي ذات الشيء اللازمة له من حق إذا ثبت ولزم .  
وفي الاصطلاح : هي اللفظ المستعمل فيما وضع له في اصطلاح المتخاطب .  
والمجاز في اللغة : مشتق من الجواز الذي هو التعدى والعبور . تقول :  
جزت المكان الفلاني ، أى عبرته .

وفي الاصطلاح : هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له أولاً في  
اصطلاح المتخاطب .

### والحقيقة ثلاثة أقسام :

- ١ — حقيقة لغوية وفي مقابلها مجاز لغوي .
- ٢ — حقيقة شرعية وفي مقابلها مجاز شرعي .
- ٣ — حقيقة عرفية وفي مقابلها مجاز عرفي .

والحقيقة اللغوية هي أصل هذه الحقائق الثلاث لأن اللفظ وضع  
أولاً للمعنى اللغوي ثم جاء الشارع فنقل ألفاظاً كثيرة ليؤدى بها المعنى  
الشرعي المراد مع وجود علاقة بينه وبين المعنى اللغوي ، كما نقل أهل  
العرف العام أو الخاص بعض الألفاظ واستعملوها فيما تعارفوه بينهم ،  
فأصبحت هذه الألفاظ مجازاً في اللغة وحقيقة شرعية أو عرفاً شرعياً ،  
وحقيقة عرفية أو عرفاً في الاستعمال عاماً أو خاصاً .

هذا وقد اختلف في وقوع الحقيقة الشرعية :

فاتفق الجمهور على أنها واقعة منقولة عن معانيها اللغوية .



وذهب القاضي أبو بكر الباقلاني إلى القول بمنع الحقائق الشرعية .  
وقال : إن الشارع لم يستعمل الألفاظ إلا في حقائقها الغريبة ، فالمراد  
بالصلاة المأمور بها هو الدعاء ، ولكن أقام الشارع أدلة أخرى على أن  
الدعاء لا يقبل إلا بشروط أخرى مضمومة إليه ، (١) .

وقد قال ابن الحاجب : إن الألفاظ التي استعملها الشارع مجازات  
لغريبة ثم اشتهرت فصارت حقائق شرعية .

وقد ثبتت الحقائق الشرعية بالاستقراء لأننا لما استقرأنا لفظ الصلاة  
والزكاة والصيام والحج وجدناها استعملت في لسان الشرع للعبادات .

فالصلاة اسم للدعاء ثم سمي بها العبادة المعلومه مجازاً في اللغة وحقيقة  
شرعية أو عرفاً شرعياً سواء كان فيها دعاء أو لم يكن كصلاة الأخرس  
حيث أنها شرعت لذكر الله تعالى .

قال الله تعالى : « واقم الصلاة لذكرك » ، أى لتذكرني فيها . وكل ذكر  
دعاء فإن من قال الله أكبر صح أن يقال دعاء الله تعالى .

والحج في اللغة القصد ثم صار اسماً لعبادة معلومة مجازاً في اللغة وعرفاً  
شرعياً . وكذلك العمرة فهي في الأصل الزيادة ثم صارت اسماً لزيارة  
مخصوصة بشرائطها وأركانها المعلومه شرعاً ، والزكاة في الأصل « النماء »  
ثم صارت اسماً للذمى الشرعى . وهو أداء بعض المال النامى بوجه مخصوص  
أتت به الشريعة ، والصوم فإنه في اللغة مطلق الإمساك وفي الشريعة خصص  
بنوع من الإمساك (٢) .

(١) تراجع الأسنوى على المنهاج ج ١ والأحكام للامدى ج ١ ص ٤٨ ط دار المعارف .

(٢) تراجع ابن الحاجب ج ١ ص ١٣٧ والامدى ج ١ في الحقيقة والمجاز وشرح المحلى على =

وفكر الإمام الفرافي - رضى الله عنه - في نفائس الأصول نقلاً عن التبريزي قوله : « ومن الدليل على العرف الشرعى قوله عليه الصلاة والسلام - الطواف بالبيت صلاة ، وقوله في الصلاة ونحوها تحريمها التكبير وتحليتها التسليم ، وقوله : ، الزكاة . ما أنهر الدم وفري الأوراح حمل هذه على المسمى اللغوى يفسد الكلام وبصيرة خلقاً فتمين الشرعى (١) وإذا ثبتت الحقائق الشرعية فتحمل عليها الألفاظ الشرعية . مثال ذلك : احتياج المالكية على أن المحرم لا يتزوج في حال إحرامه بقوله ﷺ لا ينكح المحرم ولا ينكح » وفي رواية ولا ينكح ، (٢) .

وقال الحنفية : المراد بالنكاح الوطى . وإذا كان المراد به الوطى . دل الخبر على حرمة الوطى . على المحرم لا على حرمة العقد .

واجاب المالكية : إن إطلاق النكاح على الوطى . مجاز شرعى وعلى العقد حقيقة شرعية وحمل اللفظ على حقيقة الشرعية أولى من حمله على المجاز الشرعى .

ويؤيد ما ذهب إليه المالكية قول ابن ملك في شرح المنار وابن نجيم في مشكلة الأنوار وغيرهما من فقهاء الحنفية : « متى أمكن العمل بالحقيقة سقط العمل بالمجاز لسكونه عنها يعارضها فهو متفزع على كونه خلفاً عنها » (٣) ٥١ .

---

= جمع الجوامع ج ١ ص ٢٢٦ وشرح البردوى ج ٢ ص ٩٥ وكشف الاسرار للنسفى ج ١ ص ١٨٢ والتقريب والتجريد ج ٢ ص ٢ ، ٣ « وتحرير المنقول وتهذيب علم الأصول » لعلاء الدين المرادوى الحنبلى « مخطوط » ورقة ٥ ، ٦ والابهاج شرح المنهاج للسبكي (١) نفائس الأصول شرح المحصول للفرافى ، مخطوط ج ١ ك ٢٠ « الخلق البالى ومنه قولهم توب خلق أى بالى »

(٢) أخرجه مسلم وأبو داود وابن ماجه

(٣) شرح المنار لابن ملك ص ١٠٨ ومشكلة الأنوار ص ١١٧ وما بعدها والتقريب والتجريد ج ٢ ص ١٠ ، ١١ ومفتاح الوصول فى ابتغاء المفروع على الأصول ص ٧٥ ، ٧٦

وأما الحقيقة اللغوية : فنأخذ ما احتج به الشافعية وابن حبيب من المالكية على أن خيار المجلس مشروع وذلك بقوله — ﷺ — البيعان بالخيار ما لم يتفرقا . فقال المالكية والحنفية : إنما المراد بذلك المتساومان وإتفاقهما هو بالقول — أى وهما فى حال تساومهما بالخيار ما لم يبرما العقد (بمضيائه) ، فإذا أمضيائه فقد إفترقا ولزمهما العقد وقد يطلق اسم الشيء على ما يقاربه كقوله — ﷺ — لا يبيع أحد على بيع أخيه ولا ينكح على نكاحه : وإنما المراد بالبيع السوم وبالنكاح الخطبة لأن السوم وسيلة للبيع والخطبة وسيلة للنكاح ، وجاء فى بعض روايات الحديث « لا يسوم أحدكم على سول أخيه ولا يخطب على خطبته » (١) .

وأجاب الشافعية : إن إطلاق المتبايعين على المتساومين مجاز وإطلاق التفرق على تمام العقد مجاز والأصل فى الكلام الحقيقة فيرجع العمل بها لأنها الأصل .

أما الحقيقة العرفية : وهى ما اشتهر فيه المجاز على الحقيقة اللغوية ، فنأخذ ما إذا قال الزوج لزوجته : أنت طالق وقال : أردت من وثاق فإن الطلاق بمعنى الإطلاق وهو حقيقة لغوية فى الحل من وثاق أو غيره وقد أصبح هذا اللفظ حقيقة عرفية فى حل عصمة النكاح مجازاً فى حل الوثاق ، وحمل اللفظ على حقيقة العرفية أولى من المجاز .

ومن ذلك ما احتج به المالكية ، من أن البكر يجبرها أبوها على النكاح وذلك بقوله : — صلى الله عليه وسلم — « لا تنكح البكر حتى

تستأمر ، واليتيمة هي التي لا أب لها ففهمومه أن غير اليتيمة وهي ذات الأب : تنكح من غير استئمار .

فيقول المخالف : اليتيم في اللغة هو الإنفرد ولذلك يقال المنفرد : يتيم . ومن لا نظير له يتيم ، وإذا ثبت ذلك فقد يكون المراد باليتيمة هي التي لا زوج لها وإذا أريد به التي لا زوج لها لم يكن في الخبر دليل .

### وأجاب المالكية :

« إن عرف اللغة في اليتيمة أنها التي لا أب لها ، وهذا المعنى هو المراد من قوله تعالى « وابتلوا اليتامى حق إذا بلغوا النكاح »<sup>(١)</sup> وقوله تعالى : « ولذي القربى واليتامى »<sup>(٢)</sup> وهذا المعنى هو المشهور عند أهل العرف وإذا كان كذلك حمل على الحقيقة العرفية وحمل اللفظ على حقيقته العرفية أولى من حمله على المجاز العرفي .

وهنا وافق العرف اللغة وقد زاد ذلك من اعتبار الحمل على العرف وقد قال الفقهاء : إن الحقيقة العرفية مقدمة على الوضع اللغوي — أى الحقيقة اللغوية — أو عرف اللغة . ومثال ذلك ما قاله « صاحب تكملة فتح القدير ، في باب الوكالة : « الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضماً والعرف قاض على الوضع — أى راجع عليه — لأن وضع الألفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية لتسارع أفهام الناس إليه ، والفتوى على أنه لا يملك الوكيل بالتقاضي القبض بهاء على

(١) سورة النساء : ٦

(٢) سورة الحجر : ٧

العرف، (١) اه. وقال للقرافي : د إذا انتفى العرف لم يبق إلا اللغة، (٢) .

## ٢ - هل يمكن الجمع بين الحقيقة والمجاز ؟

إذا كان للفظ معنى حقيقى ومعنى مجازى مثل الأسد يراد به الحيوان المفترس ، والرجل الشجاع : الأول من حيث أنه موضوع له . والثانى متعلق به بنوع علاقة : فإذا قيل لا تقتل الأسد فهل يكونان مقصودين بالحكم فيجمع بين الحقيقة والمجاز .

قال ابن نجيم فى مشكاة الأنوار : د إن اللفظ بالنظر إلى هذا الإستعمال مجاز وهو محل النزاع فعند الحنفية لا يجمع بين الحقيقة والمجاز وعند الشافعى هو جائز بقيد كونهما مرادين ، اه .

وذلك إذا جاز اجتماعهما وأما إذا كانا متضادين ولا يمكن اجتماعهما معاً فلا يقول به الإمام الشافعى رضى الله عنه .

يقول الزنجاني (٣) : د إذا دار اللفظ بين الحقيقة والمجاز جاز أن يكون كلاهما مراداً عند الشافعى - رضى الله عنه - واحتج فى ذلك بأن واحداً من المعنيين جائز أن يكون مراداً باللفظ حالة الإفراد فجاز أن يكون مراداً به حالة الاجتماع كلفظ الجون واللون .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - لا يجوز لإدارة الحقيقة والمجاز فى حالة واحدة بل إذا صارت الحقيقة مرادة خرج المجاز عن كونه مراداً ،

---

(١) الأحكام للقرافى ص ٧٠

(٢) براجع مع ما سبق « منتهى الإرادات » فى فقه المناظلة ج ٣ ص ٤٣٧ وللغنى لابن قدامة ج ٤ باب البيم وتكلمة نتج التدير « باب الوكالة » والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ج ٧ باب الزكاح وج ٤ باب البيم والمجموع للنووى ج ٩ ص ١٩٦ وما بعدها .

(٣) تخريج الفروع على الأصول ص ١٨

وإذا صار المجاز مراداً خرجت الحقيقة عن كونها مرادة ، واحتج في ذلك بأن حد الحقيقة استعمال اللفظ فيما وضع له والمجاز على الضد منه ويستحيل إرادة الشيء وعنده بلفظ واحد في حالة واحدة .

ولانزاع في جواز استعمال اللفظ في المعنى المجازى العام الذى يكون المعنى الحقيقى فرداً من أفرادها وهو المعبر عنه بمعوم المجاز كما أنه لانزاع في امتناع استعماله في المعنى الحقيقى والمجازى بحيث يكون اللفظ بحسب هذا الإستعمال حقيقة ومجازاً .

وفرع الفقهاء على استحالة الجمع بين الحقيقة والمجاز . من أنه إذا أوصى الموصى لأبنائه بأن قال : أوصيت لأبنائى بكذا فإنه لا يدخل أبناء الأبناء ويختص بأبنائه لصلبه لأنه الحقيقة ولأن أبناء بنديه مجاز فلا يراد معهم لامتناع الجمع . وهذا رأى الإمام أبى حنيفة — رحمه الله تعالى — وقال الصحابان — رضى الله عنهما — ومن وافقهما : لأن العرف أطلق الأبناء على الفريقين ، أبناء الصلب وأبناء الأبناء ، فإذا أوصى لبنيه دخل الجميع عملاً بمعوم المجاز .

وكذلك لو أوصى لأبنائه وله ذكور وإناث فرأى الإمام أبى حنيفة أنه يشمل الذكور خاصة . وعند الصحابين يدخل الذكور والإناث ، وحكى بعض الفقهاء : أن هذا أحد قولى الإمام أبى حنيفة . وفى التلويح د أن الأولاد لا تطلق عرفاً على أولاد الابن بخلاف الأبناء ، ولذا لو أوصى الموصى لأولاده دخل الذكور والإناث الصلبية مختلطة أو منفردة وإن كان له أولاد ابن فعند الإمام أبى حنيفة — رضى الله عنه — تستحق الصلبية وعندهم يستحق الجميع ، وقيل للصليات خاصة اتفاقاً لأن العرف لا يطلق الأولاد على أولاد الابن بخلاف الأبناء .

وقال الفقهاء : إذا كان المجاز المستعمل تاماً والمعنى الحقيقى من أفرادها

فإن اللفظ يشمل الحقيقة والمجاز وذكر ابن نجيم في مشكاة الأنوار :  
« أن ما لا يتعلق به حكم من الحقيقة إذا صار فرداً من أفراد المجاز فإنه  
يصار إلى المجاز بالإجماع لوجود مقتضى وهو الاحتراز عن الإلغاء وانتفاء  
المانع وهو كون الحقيقة أولى ، (١) » .

فهل في هذا جمع بين الحقيقة والمجاز فيكون جمعاً بين الممتنع كما تقدم  
من استحالة الجمع بينهما ومثال ذلك : « ما إذا حلف لا يدخل دار فلان  
فإن الحقيقة داره المملوكة والمجاز داره بالإجارة ، وقال الفقهاء يحنث  
بالدخول مطلقاً . وفيه الجمع بين الحقيقة والمجاز » . ومن حلف لا يضع  
قدمه في دار فلان ولم يكن له فيه فإنه يحنث بالدخول مطلقاً — حافياً أو  
منتعلاً — مع أن وضع القدم حقيقة في الحافى ومجاز في المنتعل ، وذلك  
لأن وضع القدم من غير استعمال حقيقة مهجورة وفي مثل هذا يجب إعمال  
المجاز ، .

والجواب : أن معنى عموم المجاز استعمال اللفظ في معنى مجازى يكون  
المعنى الحقيقي من أفرده .

وفي المسألة الأولى : نسبة السكنى في عدم دخول الدار المسكونة : أن  
المعنى المراد بطريق المجاز في قول القائل : دار فلان كون الدار منسوبة  
إليه نسبة السكنى ، إما حقيقة أو دلالة حتى ولو كانت ملك فلان وليس  
بساكنها يحنث بالدخول مطلقاً . كافي الفتاوى الخانية والفتاوى الظهيرية .

قالوا : « ونسبة السكنى تعم المملك والإجارة والعارية فيحنث مطلقاً  
باعتبار عموم المجاز كما أن الجميع يطلق عرفاً على الدار أو البيت » .

---

(١) مشكاة الأنوار ج ١ ص ١٢١ — ١٢٤ . وراجع نفائس الأصول للقراني : مخطوط -  
والتمهيد للاسنوي ص ٥١ — ٥٢ .

وأما المسألة الثانية : فإن الدخول مجاز عن وضع القدم لكون المعنى الحقيقي لا يجوز إذ لو اضطلع ووضع القدمين في الدار لم يحنث كما ذكره بعض الفقهاء .

والحاصل أن قوله : لا يضع قدمه في دار فلان له حقيقة عرفية وهو الدخول ماشياً ومجاز وهو الدخول مطلقاً من باب ذكر السبب وإرادة المسبب فيحنث كيفما دخل باعتبار عموم المجاز ماشياً أو راكباً حافياً أو متعللاً عند عدم النية<sup>(١)</sup> .

### ( ٣ ) ترك الحقيقة بالعرف

تقدم : أن الحقيقة تترك إذا كان العرف — أى المجاز — عاماً والمعنى الحقيقي من أفراده والأصل في الكلام الحقيقة إلا إذا دل الدليل على أنها غير مرادة فإنه يصار إلى العمل بالمجاز .

وقال الفقهاء تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة ، ويريدون بذلك العرف القولي والعملي أو الفعلي .

قال الفخري في فصول البدائع ، الأمور التي تترك بها الحقيقة — أى القرائن الصارفة عنها : وحصرها المشايخ في خمسة ما بدلالة العرف قولاً ، والعادة فعلاً . . . (٢) .

ونذكر أولاً أمثلة العرف القولي ؛ وثانياً أمثلة العرف العملي .

#### ( ١ ) مثل الفقهاء للعرف القولي بالأمور الآتية :

(١) ، (٢) فصول البدائع ج ٢ ص ١٥٨ - ١٥٩ وكشف الأسرار شرح أصول  
اليزدوي ج ٢ ص ٩٥ وكشف الأسرار للفسفى ج ١ ص ١٨٢ ، أصول السرخسى ج ١ ص  
١٧٢ ، ص ١٩٠



الأمر الأول : المنقولات الشرعية كالصلاة والزكاة والحج ونحوها تركت معانيها اللغوية وتعرفت بمعانيها الشرعية ، حتى أصبح الخالف بها لا يلزمه إلا العبادات المعروفة شرعاً ، ولا يخرج عن العهدة بمباشرة حقائقها اللغوية ، كالدعاء في الصلاة ومطابق القصد في الحج . والزبارة في العمرة وغير ذلك ، وقد تعرفت هذه المعاني في العبادات الشرعية ، والتعارف لإيجابه التفاهم دليل ترك الحقيقة . ولذلك قال : بعض الفقهاء لو قال : على الخروج أو الذهاب إلى بيت الله الحرام لا يلزمه الحج أو العمرة لأن هذه الألفاظ غير متعارفة في الحج أو العمرة .

الأمر الثاني : المنقولات العرفية :

ومثلوا لذلك بمن نذر المشى إلى بيت الله فإنه يلزمه حجة أو عمرة ماشياً إذا تعارف الناس ذلك في الإيمان .

وهذه المنقولات العرفية قد تكون في المفرد وقد تكون في المركب . ومثالها في المفرد : لفظ الدابة فإنه يطلق على كل ما يدب ، وأريد به في العرف ذوات الأربع .

ومثالها في المركب : قولهم : د الميعة حرام والخمر حرام ، فإن الأحكام تضاف إلى أفعال المكلفين وتتعلق بها وهذا أضيفت للأعيان ، وأريد بها عرفاً الأفعال المناسبة ، وهو الأكل والإنتفاع بالميتة ، والخمر في الخمر ومنه قوله تعالى : حرمت عليكم أمهاتكم (١) .

قال اللكنوى في حاشيته على كشف الأسرار للنسفي :

دإنما تركت الحقيقة بدلالة العادة لأن الكلام موضوع للإفهام فإذا كان مستعملاً لشيء عرفاً ونقل عن معناه اللغوي فهذه العادة — أى عادة الإستعمال — رجحت إرادته فيترك معناه الحقيقي (٢) .

(١) سورة النساء : ٢٣ . وراجع الأشباه لابن نجيم ص ٤٨ والأشباه للسيوطي ص ٩٢ .

(٢) حاشية اللكنوى على كشف الأسرار للنسفي ج ١ ص ١٨٢ والفروق للقرافي .

الامر الثالث : تترك الحقيقة بالعرف إذا كانت متعذرة . وهي  
مالا يتوصل إليها أصلاً أو يتوصل إليها بمشقة وعسر .

قال ابن نجيم في مشكاة الأنوار : المتعذر مالا يتعلق به حكم إذا صار  
فرداً من أفراد المجاز فإنه يصار إلى المجاز بالاجماع لوجود مقتضى وهو  
الاحتراز عن إلغاء كلام العقلاء وانتفاء المانع : وهو كون الحقيقة أولى ، اهـ .

ومثال ذلك : إذا حلف لا يأكل من هذه النخلة أو من هذه الشجرة لأن  
العين لا تؤكل . فانصرف اللفظ إلى المجاز وهو ما يخرج منها من الثمر الذي  
يؤكل لأن العرف صرف اللفظ إلى الثمر .

ويذهب صاحب التقرير والتحجير ، إلى أن الشجرة إذا كانت لا تؤكل  
ينصرف اللفظ إلى نفس الشجرة وأشار إلى أنه لا يبحث لو أكل عين  
مالا يؤكل وهو الصحيح وهذا إذا لم يكن له نية فإن نوى شيئاً فيمينه على  
ما نوى<sup>(١)</sup> .

وقال صاحب التحرير : يلزم المجاز لتعذر الحقيقي أو لتعسره أو لظهوره  
ومثال الشجرة الدقيق فتقع بيمينه على ما يتخذ منه لتعذر الحقيقي ، .

الامر الرابع : تترك الحقيقة إذا كانت مهجورة :

وهجر الحقيقة : أن يترك العمل بها وإن تيسر الوصول إليها بلامشقة  
عرفاً أو شرعاً .

فمثال الحقيقة المهجورة عرفاً : من حلف لا يضع قدمه في دار فلان —  
كما تقدم — ومثال الحقيقة المهجورة شرعاً :

«التوكيل بالخصومة ، فالخصومة بمعنى المنازعة مہجررة شرعاً لأنها منہی عنها بقوله تعالى « ولا تنازعوا فتفشلوا ، فالمنازعة بغير حق حرام . والتوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب مجازاً فيقوم الموكل بالجواب عن موكله ، ومطلق التوكيل بالخصومة يتناول الإقرار على موكله ، وخالف في ذلك بعض الفقهاء (١) .

## ( ٢ ) ترك الحقيقة بالعرف العملی :

مثالها : لو حلف لا يأكل رأساً أنصرف إلى المتعارف أكله من الرموس لأن الحالف لم يقصد رأس كل شيء له رأس ، فإن رأس الحصفور والجراد لا يدخلان تحته ، وهو حقيقة في جميع الرموس ، فإذا علم أن الحالف لم يرد به الحقيقة وجب اعتبار العرف .

قال صاحب كشف الأسرار « شرح أصول البردوى » فيمن حلف لا يأكل رأساً : وكان أبو حنيفة — رحمه الله — يقول أولاً : يدخل فيه رأس الإبل والبقر والغنم لما رأى عادة أهل الكوفة أنهم يفعلون ذلك في هذه الرموس الثلاثة ثم تركوا هذه العادة في الإبل ، فرجع — أبو حنيفة — وقال : يحنث في رأس البقر والغنم . ثم إن أبا يوسف ومحمداً رحمهما الله شاهداً عادة أهل بغداد وسائر البلدان أنهم لا يفعلون ذلك إلا في رموس الغنم ، فقالا : لا يحنث إلا في رأس الغنم ، فعلم أن الاختلاف اختلاف عرف وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ، والعرف الظاهر أصل في مسائل الإيمان (٢) .

(١) فصول البدائع ج ٢ ص ١٥٣ ، ١٥٩ ، ومنافع الدقائق ص ٨٩

(٢) كشف الأسرار شرح أصول البردوى ج ٢ ص ٩٧ والمراجع السابقة .

## تعارض العرف مع الحقيقة

ما تقدم فيها إذا لم يتعارض العرف مع الحقيقة . أما إذا تعارض معها  
ففي ذلك ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : في تعارض العرف مع الحقيقة الشرعية .

الألفاظ التي ذكرها الشارع إما أن يتعلق بها حكم شرعي أو لا يتعلق  
بها حكم شرعي . فإذا تعلق باللفظ حكم شرعي قدم على عرف الاستعمال  
فلو حلف لا يصلي لا يحنث بصلاة الجنازة عند الشافعية ، وإنما يحنث  
بذات الركوع والسجود ، ولو حلف لا يصوم لم يحنث بمطلق الإمساك ،  
وإنما يحنث لو صام ساعة من نهار بعد طلوع الفجر ، ولو حلف لا ينكح  
فلانة حنث بالعقد لأنه معروف في النكاح وشائع فيه شرعاً ولا يحنث  
بالوطء ، أما إذا حلف لا ينكح زوجته فإنه للوطء .

وأما الألفاظ التي ذكرها الشارع ولم يتعلق بها حكم شرعي ، مثل لفظ  
اللحم في قوله تعالى « هو الذي سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً » فإنه لم  
يتعلق باللفظ حكم ولا تكليف فن حلف لا يأكل لحماً لم يحنث بأكل  
السّمك فيقدم عرف الاستعمال لأن السمك لا يسمى لحماً فإذا أكل  
ما يسمى في العرف لحماً فإنه يحنث وكذلك من حلف لا يجلس على بساط  
أو تحت سقف أو في ضوء سراج لم يحنث بالجلوس على الأرض وإن  
سماها الله تعالى بساطاً ولا تحت السماء وإن سماها الله تعالى سقفاً ولا في  
ضوء الشمس وإن سماها الله سراجاً ، لأن هذه الألفاظ استعملت في الشرع  
بلا تعلق حكم أو تكليف بها . والإيمان كما قال الفقهاء مبني على العرف .

وقال ابن نجيم « إذا تعارض العرف مع الشرع قدم عرف الاستعمال خصوصاً في الأيمان » .

وقال الفقهاء : ماورد به الشرع من الالفاظ . ولم يكن ذا معنى منضبط في اللغة ولا في الشرع فالرجوع فيه إلى العرف ، ومثلوا لذلك بالحرز في السرقة والغرفة في البيع والقبض ومقدار النفقة الواجبة على الزوج لزوجته ، وغير ذلك (١) .

المسألة الثانية : في تعارض العرف مع الحقيقة اللغوية .

إذا تعارضا ولم يغلب أحدهما على الآخر ففي تقديم أحدهما على الآخر .

قال السيوطي في الأشباه والنظائر « في تعارض العرف مع اللغة » (٢) :  
حكى صاحب الكافي وجمين في المقال :

« أحدهما » وإليه ذهب القاضي حسين . تقدم الحقيقة اللفظية عملاً بالوضع اللغوي .

« والثاني ، وعليه البغوي تقدم الدلالة العرفية لأن العرف يحكم في الأيمان » .

ثم قال السيوطي : « وقال الرافعي في الطلاق : وإن تطابق العرف والوضع فذاك وإن اختلفا فكلام الأصحاب يميل إلى الوضع ، والامام والغزالي يريان اعتبار العرف » اهـ .

(١) أشباه ابن نجيم ص ٤٨ وأشباه السيوطي ص ٩٢

(٢) أشباه السيوطي ص ٩٣ وابن نجيم ص ٤٨

وفقهاء الحنفية يقولون : إن الإيمان تبني على العرف لا على الحقائق اللغوية ، لأن العرف إذا اشتهر في الاستعمال وتبادر المعنى المراد من اللفظ فإنه معتبر وتبني عليه ألفاظ التصرفات ولذا صرحوا بأن الإيمان مبذية على العرف لا على الحقائق اللغوية .

وقد فصل السيوطي ما جاء عن الشافعية فقال نقلاً عن الرافعي : إن عمت اللغة قدمت على العرف ، وقال غيره - أي الرافعي - : إن كان العرف ليس له في اللغة وجه فالمعتبر اللغة وإن له فيه احتمال ففيه خلاف . وإن هجرت اللغة وصارت نسبياً منسياً قدم العرف .

وقال الرافعي : الشانعي - رضى الله عنه - يتبع مقتضى اللغة تارة وذلك عند ظهورها وشمولها وهو الأصل وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد .

وقال العز بن عبد السلام : « قاعدة الإيمان البناء فيها على العرف إذا لم يضطرب فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة » (١) ص ٥١ .

وتقديم العرف أو اللغة أحدهما على الآخر كما نرى من كلام الفقهاء . ليس لمجرد أن هذا لغة وذلك عرف بل اشترط تبادر المعنى عند الإطلاق فإذا تبادر المعنى العرفي قدم وإذا تبادر المعنى اللغوي قدم ، وإذا تطابق المعنيان فذلك ظاهر ولا كلام فيه .

أما إذا اضطرب العرف أو كان مقتضى اللغة ظاهراً فالرجوع إلى اللغة .

وقال المالكية : إن النقل العرفي مقدم على اللغة إذا تبادر المعنى المنقول إليه عند النطق باللفظ من غير قرينة . وهذا مروى عن ابن القاسم

وأشهب ، إلا في مسألة اختلاف في وجود النقل فيها ، وهي : من حالف لا يأكل رأساً حنث بجميع الروس عند ابن القاسم ، ولا يحنث إلا برؤوس الأنعام عند أشهب لأنه يرى أن أهل العرف استعملوا هذا اللفظ في رؤوس الأنعام دون غيرها . وابن القاسم يقول : إن الاستعمال لم يصل إلى هذه الغاية الموجبة للنقل فإن غالبية الاستعمال قد تقصر عن النقل ، وضابط النقل أن يصير المنقول إليه هو المتبادر الأول من غير قرينة (١) .

فابن القاسم وأشهب متفقان على تقديم العرف على اللغة واختلفاً في وجوده هنا ورأى أشهب هو الذي أرجحه ، وهو معنى ما ذكره الرافعي عن الإمام القافض حيث يرى تقديم اللغة عند ظهورها وشمولها والعرف عند استمراره وإطراده وهو قول جمهور الفقهاء .

### المسألة الثالثة : تعارض الحقيقة المستعملة والمجاز المتعارف .

المجاز المتعارف هو اللفظ المستعمل في المعنى المجازي أكثر من استعماله في المعنى الحقيقي ، وكان غالباً في الاستعمال ومتبادراً إلى الفهم .

قال الإمام أبو حنيفة رحمه الله — الحقيقة المستعملة ترجع على المجاز المتعارف لأنها الأصل والأصل لا يترك إلا لضرورة ، ولا ضرورة ، كما ترجحت لكونها حقيقة وكونها مستعملة ، أما المجاز فهو فرع الحقيقة ومرجوح والمرجوح لا يقدم على الراجح .

وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن — رحمهما الله : المجاز المتعارف أولى في الاستعمال من الحقيقة لسبقه إلى الفهم ، وبسبب التعامل والفهم به بين الناس وتبادره رجح استعماله على الحقيقة التي صارت بمنزلة المهجورة وقام المجاز مقامها . وهذا هو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية وغيرهم .

(١) الفروق للرافعي ج ١ ص ١٧٥ وفائس الأصول له أيضاً ج ١ ك ٢ مخطوط .

وقد اختلف الأصوليون من الحنفية في أمر آخر وهو متى يترجح  
المجاز المتعارف عند أبي يوسف ومحمد فقال البردوي : إن المجاز يترجح  
عندهما إذا تناول الحقيقة بعمومه .

وقال ابن نجيم في مشكاة الأنوار : إن المجاز يترجح عندهما سواء كان  
عاماً متناولاً للحقيقة أو ليس متناولاً لها .

وذكر صاحب التلويح : أن تقديم المجاز مقيد بكونه أغلب في  
الاستعمال لأن الحقيقة لو كانت أغلب منه استويا في الاستعمال فتقدم  
لأصالتها وانتفاء المعارض . وجمهور فقهاء الحنفية وغيرهم يقول بقول  
أبي يوسف ومحمد — رحمهما الله تعالى — وأشار إلى ذلك الأسنوي في  
التمهيد ومال إليه ، وذكر القرافي في التنقيح : أنه الحق لأن الظهور  
والتعارف هو المكلف به . وقال : محل الخلاف أن يكون المجاز راجعاً  
والحقيقة تبعاً ، اهـ .

ومن الأمثلة المفرعة على ذلك ، لو حلف لا يأكل من هذه الخنطة  
فإنه يقع على عينها عند الامام أبي حنيفة : لأن حقيقة المستعملة أكل  
عينها فلا يحث بأكل خبزها ، وقال أبو يوسف ومحمد : ينصرف إلى  
ما يتخذ من الخنطة كالخبز ونحوه وهو ما تضمنته الخنطة وهو المجاز  
المتعارف في أكلها .

وقال ابن نجيم : ومحل الخلاف عند عدم النية أما إذا نوى شيئاً فهو  
على ما نوى من حقيقة أو مجاز . والله أعلم (١) .

---

(١) أصول السرخسي ج ١ ص ١٨٤ والأشباه لابن نجيم ص ٤٨ وكشف الأسرار شرح  
أصول البردوي ج ٢ ص ٩٨ وكشف الأسرار للنسفي ج ١ ص ١٨٢ ومشكاة الأنوار ص ١١٧  
ج ١ والعلوي على التوضيح ج ١ ص ٧٠ وشرح التنقيح للقرافي ص ٨٠ ونسبات الأسماح  
لابن عابدين ص ٧٩





## الباب الثاني

### في تقسيم العرف

---

(أ) ينقسم العرف أولاً إلى :

١ - عرف ثابت .

٢ - عرف متبدل .

(ب) وينقسم ثانياً إلى ستة أنواع :

١ - العرف القولي .

٢ - العرف العملي .

٣ - العرف العام .

٤ - العرف الخاص .

٥ - العرف الشرعي .

٦ - العرف الصحيح والفاسد .



## (١) العرف الثابت والمتبدل

ينقسم العرف إلى ثابت ومتبدل وهو :

١ - عرف شرعى      ٢ - عرف غير شرعى .

ماهو العرف الشرعى ؟

العرف الشرعى هو ما كلف به الشرع وأمر به إيجاباً أو ندباً ، أو نهى عنه كراهة أو تحريماً ، أو أذن فيه فعلاً أو تركاً وثبت ذلك بالنص من كتاب أو سنة أو إجماع .

وهذا العرف ثابت أبداً ، كما جاء فى الأمر بالصلاة وعدد ركعاتها وشروطها وأركانها وستر العورة ، وإباحة ما أباحه الإسلام من المعاملات الشرعية وتحريم ما حرمه منها وكذلك الأمر بإزالة النجاسة والطهارة فى الصلاة ، والنهى عن أفعال كان يفعلها أهل الجاهلية ، كالطواف بالبيت عراة .

وكذلك مشروعية الزواج والطلاق فى الإسلام ، والقصاص فى القتل العمد .

فلا يصح أن يقال فى شئ من الأحكام الشرعية المستمرة إن هذا منها حسن وهذا غير حسن أو أن فى الشريعة أحكاماً تأبأها طبيعة الإنسان ، كالقصاص أو طبيعة العصر كتحریم الربا فى المعاملات ، أو أن كشف العورة أصبح عادة غير قبيحة لتعارف الناس ذلك فلنجزه مع مخالفته للأحكام الشرعية الثابتة المستمرة لأنه يعد نسخاً لها بعد وفاة

الرسول — صلى الله عليه وسلم — ولا نسخ بعد حياته لأنه رفع الأحكام الشرعية ورفع الأحكام الشرعية بعده — صلى الله عليه وسلم — باطل .  
أما ما كان من الأحكام الشرعية ثابتاً بضرب من الاجتهاد والرأى فهذا النوع أقسام لا يتصل بالبحث منها إلا ما كان مبنيّاً على العرف والعادة — وسيأتى الحديث عنها بعد الحديث عن العرف غير الشرعى لانصالحها بها من حيث أن هذه الأحكام مبنية على العرف .

### العرف غير الشرعى :

العرف غير الشرعى وهو الجارى بين الناس بما ليس فى نفيه ولا إثباته دليل شرعى قد يكون ثابتاً وقد يتبدل ومع ذلك فهو سبب لأحكام تقترب عليه .

أما العادات والأعراف الثابتة فهى التى لا تختلف باختلاف الأزمان والأماكن والأشخاص والأحوال ، لأنها تعود إلى طبيعة الإنسان وفطرته وغرائزه كشهوة الطعام والشراب والحزن والفرح ، وميل الإنسان إلى ما يلائمه وفنوره عما لا يلائمه ، وإن كانت أسباباً لمسببات حكم بها الشارع فلا إشكال فى اعتبارها وبناء الأحكام عليها ، ولو لم تكن هذه العادات معتبرة شرعاً لما رتب الشارع عليها أحكاماً شرعية تتعاقب بها .

والقسم الثانى : الأعراف والعادات المتبدلة غير المستقرة وهى تختلف باختلاف العصور والبيئات والأحوال ، وهو أنواع :

### الأول :

وهو ما يعود إلى اعتبار البقاع والبيئات من حسن شيء أو قبحه سواء كان من الأوصاف أو الأفعال : فيكون فى أحدهما حسناً وفى الآخر قبيحاً مثل كشف الرأس فقد كان فى الماضى قبيحاً فى البلاد الشرقية وغير قبيح فى البلاد الغربية ، وقد تغير هذا العرف الآن عند بعض الناس .

فتغير مناط الحكم الشرعى باختلاف تبعاً لذلك فيكون الحكم وهو  
القدح في العدالة عند من يعتبرونه قبيحاً ، وعند من لا يعتبرونه لا يكون  
قادحاً في العدالة .

ومثله الأكل في الشوارع والأسواق فقد ذكر الفقهاء أنه يقدح في  
العدالة لأنه محل بالمروءة . وقد أصبح عند كثير عادة غير قبيحة .  
الثانى : ما يعود إلى العرف القولى .

وهذا القسم يختلف باختلاف الألفاظ التى يعبر بها الناس عما يريدون  
قوله أو فعله . وذلك يختلف باختلاف الأسم كالعرب وغيرهم سواء بالنسبة  
لاختلاف الجماعات أو الطوائف واصطلاح كل طائفة أو بالنسبة لغلبة  
الإستعمال حتى يصبح المعنى المستعمل فيه اللفظ هو المتبادر إلى الأذهان  
دون ما يفهم من اللفظ فى أصل الوضع اللغوى ، أو كان اللفظ مشتركاً  
وأصبح مستعملاً فى معنى من معانيه ، أو عاملاً لخصه العرف ، أو مطلقاً  
فقيده .

والحكم فى ذلك كله يتنزل على ما أصبح متعارفاً فى الإستعمال وهذا  
يجرى كثيراً فى الأيمان والعقود والطلاق صريحاً أو كناية (١) .

الثالث : ما يعود إلى العرف العملى .

وهو ما يختلف من الأفعال فى المعاملات ونحوها كالعادة فى البيع  
والشراء نقداً أو نسيئة والعادة فى التفريق والقبض فى البيع أيضاً ، والعادة  
فى قبض الصداق فى النكاح قبل الدخول أو تأخير بعضه فالحكم جار على  
ذلك حسبما هو مذكور فى كتب الفقه (٢) .

(١) سيأتى ما يفصل ذلك فى العرف القولى وغيره .

(٢) يراجع العرف العملى فيما يأتى .

الرابع : ما يختلف بحسب أمور خارجة عن إرادة المكلف كاختلاف الأقطار حرارة وبرودة وأثر ذلك في الإسراع بالبلوغ في الأقطار الحارة وبطئه في البلاد الأقل حرارة أو البلاد الباردة كأوروبا وشمال آسيا وغيرها وكذلك مدة الحيض وزمان معاودته يرجع فيه إلى عادات الناس في ذلك .

قال السيوطي في الأشباه والنظائر (١) : د. لعلم أن اعتبار العادة والعرف راجع إليه في الفقه مسائل لا تعد كثرة فمن ذلك الحيض وأقل سن الحيض والبلوغ والإزال وأقل الحيض والنفاس والطهر وغالبها وأكثرها ، ١ هـ . ومن ذلك مدة الحضانة وسن اليأس والمدة التي يحكم فيها بموت المفقود والتقدير في ذلك يرجع إلى العادة الغالبة ويحكم بتلك العادة شرعاً في اختلاف هذه الأمور وغيرها .

والخامس : ما كان بآمر خارق للعادة ومثال ذلك :

البائل من جرح حدث حتى صار المخرج المعتاد في الناس بالنسبة إليه في حكم الدم فإن الحكم عليه يتنزل على مقتضى عادته الجارية له المطردة الدائمة بشرط أن تصبح العادة العامة للناس بالنسبة إليه في حكم الزائلة أو المعدومة فإن لم يكن كذلك فالحكم للعادة العامة (٢) .

الأحكام التي ثبتت بالاجتهاد وكان مبنائها على العرف . هل تتغير بتغير العرف ؟

والأعراف التي تبدل وتتغير من الأنواع المذكورة أو غيرها

---

(١) س ٨٨

(٢) راجع في ذلك للوفقات للشاطبي ج ٢ س ٢٨٩

واختلفت معها الأحكام لاختلاف مناسطها فإن هذا لا يبرح اختلافاً في أصل الخطاب بل معنى هذا الاختلاف أن العرف إذا اختلف أو تغير اقتضى كل عرف حكماً يلائمه ، تبعاً لتغير مناط الحكم .

وعلى ذلك قال الفقهاء : إن الأحكام الفقهية التي أساسها العرف والعادة تتبدل وتتغير تبعاً لتغير العرف والعادة ، فيراعى الفقيه العرف المتجدد ويبني عليه الحكم .

يقول ابن عابدين :

« دإعلم أن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح اللفظ . . . وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأى وكثير منها ما يبينه المجتهد على ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قال أولاً . ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد إنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولاً للزم عنه المشقة والضرر بالناس » (١) .

وإذا بقى الحكم مع تغير العرف حتى يلزم عنه ذلك كان فيه مخالفة لقواعد الشريعة المبينة على اليسر ودفع الضرر والمشقة ، وكذلك فإن من أسس للشريعة الإسلامية العمل على تحقيق المصالح ومنع المفساد ، وذلك يلزم منه أن تتبدل الأحكام الشرعية لتبدل مناسطها .

قال صاحب « مجامع الحقائق » : « إنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان » (٢) .

(١) رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٥ ويراجع ما يأتي في « العرف والفتوى والقضاء » .

(٢) المصنف ص ٣٢٨



وهذه القاعدة تستوجب تحرى المصالح التي تفي عليها الأحكام الشرعية وهي تختلف باختلاف الأعراف ، وذلك أن المصلحة هي الحكمة التي تترتب على شرع الحكم في حالة خاصة سواء أكانت جاب منفعة أو تسكميها أو دفع فساد أو تقليها ، ومن الفقهاء من جعل المصالح هي علل الأحكام في الشريعة الإسلامية وأساسها التي تقوم عليه ورعايتها ، ولذا فإنه إذا زالت العلة أو تغيرت وجب زوال أو تغير ما بني عليها من الأحكام . وقد قال الفقهاء : « إن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً » .

وقال صاحب المنافع شرح المجامع ، والدهلوى في « حجة الله البالغة » (١) :

« إن الحكم الشرعى مبنى على علته يقتضى بانتهائها ، — أى غالباً — وإلا فالرمل فى الطواف حول الكعبة لم يفته بانتهاء عله .

وقال الإمام مالك — رضى الله عنه — « تحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا » .

قال الزرقانى فى شرح الموطأ « ومراده أن يحدثوا أوروباً تقتضى أصول الشريعة فيها غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك الأمر » (٢) اهـ .

وقال القرافى فى الفروق فى تعليقه على قول عمر بن عبد العزيز — رضى الله عنه — :

« تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » . . . لم يرد

(١) المنافع ص ٣١٩ وحجة الله البالغة للدهلوى ج ١ ص ١٠٨

(٢) شرح الموطأ للزرقانى ج ٤ ص ٢٠٤

— رضى الله عنه — نسخ حكم بل المجتهد فيه ينتقل له الاجتهاد لا اختلاف  
الأسباب (٢) اهـ .

وبذلك الذى تقرر وجد أن أحكام الشريعة مسايرة لمصالح الناس  
وليس فى ذلك مخالفة لأصل الشريعة وإنما إذا اختلف مناط الحكم أو  
تغير على المجتهد أو المفتى فى الحوادث التى تجدد والوقائع التى يحدثها الناس  
مراعاتها فى الأحكام لأن الشريعة الإسلامية لم تجب أحكامها كلها ثابتة  
ومستقرة — كما سلف — بل من أحكامها ما يختلف باختلاف الأحوال  
والأعراف وهو ذلك النوع من الأحكام العمل بالعرف والحاجة  
والمصلحة ودفع الضرر والمشقة ، وقد جاء فى ذلك ما رواه الإمام أحمد  
والبخارى فى تاريخيه — رضى الله عنهما — :

« قال على بن أبى طالب — كرم الله وجهه — قلت يا رسول الله  
إذا بعثتنى فى شئ أكون كالسكة المحماة (١) . أم الشاهد يرى ما لا يرى  
الغائب فقال ﷺ بل الشاهد يرى ما لا يرى الغائب (٢) اهـ .

وجاء فى السنة المطهرة ما يفيد أن الأحكام تختلف وتغير باختلاف  
العادة واختلاف الأحوال فقد روى أن رسول الله ﷺ نهى عن  
ادخار لحوم الأضاحى ثم أباح ادخارها ، وقال ﷺ « كنت نهيتكم  
من أجل الدافعة التى دفت عليكم » . . فبين ﷺ سبب المنع من الادخار  
ولما نزل السبب ونهى الخلال أباح لهم الادخار .

وبين رسول الله ﷺ أن بعض الأحكام قد تحول الظروف دون العمل

(١) الفروق ج ٤ ص ١٧٧

(٢) السكة المحماة هى المضروبة للتمامل لا تنغير فى ذاتها ، أى فليس له اجتهاد أم يجتهد

حسبما يرى .

به أو قيام هذا الحكم لأنه يترتب عليه مفسدة أكثر من المصلحة المرجوة منه ، فقد أخرج الشيخان بسندهما عن عائشة رضى الله عنها قالت :

قال رسول الله ﷺ : د لولا أن قولك حديثو عهد بشرك لبنيت الكعبة على قواعد إبراهيم ، اه (١) .

فمنع ذلك الذى أراد النبي ﷺ عمله قرب الناس من عهد اشرك والكفر وتمسك عادات الجاهلية فى نفوسهم ونظرتهم إلى الكعبة نظرة التقديس والإجلال ولو قام النبي ﷺ بهدم الكعبة ليعيد بناءها على قواعد إبراهيم — عليه السلام — لارتد بعض الناس عن الإسلام ، وقد حدث بعد ذلك أن قام عبد الملك بن مروان بإعادة بنائها ولم يحدث ما كان يخشى حدوثه فى عهد رسول الله ﷺ بعد المسلمين عن زمن الجاهلية ، وتمسك الإسلام من نفوسهم .

وأما الآثار عن الصحابة — رضى الله عنهم — فى ذلك فهى كثيرة جداً فى هذا الموضوع وذلك لأن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا ينظرون إلى الأمور وما يحيط بها من ظروف وملابسات ويشرعون لها الأحكام المناسبة وليس فى هذا سوى مراعاة مقاصد الشريعة الإسلامية من تشريع الأحكام ، والفهم الناضج لأمرار التشريع الذى جاء لتحقيق المصالح ومنع المفاسد مع التيسير ورفع الحرج والمشقة عن الناس ما أمكن .

ومن هذه الآثار ما أخرجه مالك والشيخان — رضى الله عنهم — عن عائشة — رضى الله عنها — قالت : د لو أدرك النبي ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن المساجد كما منع نساء بنى إسرائيل ، اه . فقد كان النساء يخرجن فى عهد رسول الله ﷺ مستورات والصلاح غالباً

(١) رواه الشيخان والنسائي والترمذى عن عائشة بألفاظ مختلفة . والمعنى واحد .

وقد قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — لا تمنعوا إمام الله مساجد الله . وقد تغير الحال فلما رأت السيدة عائشة — رضى الله عنها — ذلك بينت أن ما كان سبباً لخروجهم لينزلن ثواب الجماعة قد تغير ، وأصبح خروجهم متبرجات فيه كثير من المفساد أكثر من المصلحة حيث يتعرض لهن السفهاء فأصبح المنع من خروجهم هو الحكم الذى يجلب المصلحة ويمنع المفسدة ، وقد قال الزرقانى فى شرح الموطن تعليقاً على هذا الحديث ( ولا غرو فى تبعية الأحكام الأحوال ) .

فكل هذا يدل على تبدل الحكم بتبدل الزمان وتغير الأحوال (١) .

ولما قدم عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — إلى الشام ووجد معاوية بن أبى سفيان قد انحذه حجاً وأخذ المراكب النفيسة والنياب الغالية وسلك مسلكاً لم يسلكه حكام المسلمين قبله ، سألته عمر — رضى الله عنه — عن سبب ذلك فقال : « إنا بأرض نحن محتاجون فيها لهذا . فقال له عمر : لا أمرك ولا أنهك . »

قال القرافى — رضى الله عنه — معلقاً على هذه الحادثة : « ومعناه أنت أعلم بحالك هل أنت محتاج إلى هذا فيكون حسناً ، أو غير محتاج فيكون قبيحاً ، فدل ذلك من عمر وغيره على أن أحوال الأئمة وولاية الأمر تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والظروف والأحوال لذلك يحتاجون إلى تجديد زخارف وسياسات لم تكن قديماً وربما وجبت فى بعض الأحوال ، (٢) اهـ . »

وقد سلك التابعون هذا المسلك فى نظرهم إلى ما يحدث فى دنيا الناس

(١) الفكر السامى فى تاريخ الفقه الإسلامى ج ٢ ص ٢٤١

(٢) الفروق ج ٤ ص ٢٠٣

ومعاملاتهم وأحدثوا لكل حادثة حكماً تقتضيه أصول الشريعة ولا تتعارض معها وتكرر ذلك من العلماء والفقهاء فقد مر ما روى عن الإمام مالك وعمر بن عبد العزيز — رضى الله عنهما — وكذلك روى ابن سعد في الطبقات الكبرى في ترجمة شريح القاضي بسنده إلى أبي البخترى أنه جاء إلى شريح فقال: «ما الذى أحدثت فى القضاء» فقال شريح: «إن الناس قد أحدثوا فأحدثت» (١) ٥١ .

وكذلك ذكر فى فتح البارى وعمدة القارى شرحى البخارى د أن شريحاً القاضى قال للغزاليين لما اتحاكموا إليه : سئتم بينكم ، وذلك لأن جماعة الغزاليين اختصموا إليه فى أمر كان بينهم فقالوا : «إن سئمتنا بيننا فقال سئتم بينكم» (٢) .

كما نجد من التابعين غير شريح من قال بذلك فقد ذكر الجصاص فى أصوله (٣) :

أن إياس بن معاوية الذى تولى قضاء البصرة — وكان معاصراً للسنن البصرى — قال : «دقيسوا القضاء على ما صالح للناس فإذا فسدوا فاستحسنوا» ثم قال ما وجدت القضاء إلا ما يستحسن الناس ، ٥١ .

ثم جاء عصر الأئمة بعد التابعين فسلوكوا هذا المسلك فى النظر إلى الأحكام التى تثبت بالاجتهاد ومعللة بالعرف ومراعاة المصالح والضرورات وقد مر ما قاله الإمام مالك — رضى الله عنه — وكذلك روى عنه أنه

(١) الطبقات الكبرى لابن سعد ج ٦ ص ٩١

(٢) فتح البارى ج ٤ ص ٣٢١ وعمدة القارى ج ١٢ ص ١٦

(٣) أصول الجصاص ج ٢ باب الاستحسان . وإياس بن معاوية بن قرة ولى القضاء فى عهد عمر بن العزيز رحمة الله، وكان يضرب بإياس المثل فى الذكاء والفراسة التى لا تحصى . توفى رضى الله عنه سنة ١٢٢ هـ .

قال : « فيمن له أرض تحتاج إلى ما وراء أرض جاره . ولا يمكن أن يصل إليها الماء إلا إذا جرى في أرض جاره أنه ليس له ذلك . وقد روى أن عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — ترفع إليه محمد بن مسلمة والضحاك بن ثابت وكان محمد بن مسلمة قد منع الضحاك أن يسقي أرضه بإمرار الماء في أرضه فحكم عمر بأن يمر الماء رغماً عنه . وقال سيمر الماء ولو على بطنك . »

وروى أشهب أن المنع عند الامام مالك — رضى الله عنه — ليس على وجه المخالفة لعمر — رضى الله عنه — وأنه لا يجوز ، بل كان إفتاؤه بالمنع لتغير الأحوال وسداً للذريعة حيث كان الصلاح في زمن عمر — رضى الله عنه — يقف بالناس دون ادعاء أحد ملك ما ليس له بهجرد إمرار الماء فلما تغير الحال في زمن مالك ، وكثر ادعاء الناس ما ليس لهم أفتى بالمنع . ثم قال أشهب : « كان يقول — أى الامام مالك — : يحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » فلو كان الأمر معتدلاً في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر — رضى الله عنه — رأيت أن يقضى بإجراء مائه في أرضك لأنك تشرب به أولاً وأخيراً ولا يضرك ولكن فسد الزمان واستحقوا التهم فأخاف أن يطول الزمان وينسى الناس ما كان عليه جرى هذا الماء وقد يدعى جارك عليك به دعوى في أرضك (١) اهـ

كما أفتى فقهاء الحنفية في كثير من المسائل بغير ما أفتى به الامام أبو حنيفة وصاحبه — رضى الله عنهم أجمعين — وقد تقدم عن ابن عابدين : أن ما أفتى به الفقهاء تبعاً للعرف الجاري في زمانهم لو كان في زمن الأئمة لافتوا به معلاً ذلك بالحاجة واختلاف الأزمان وتغير الأحوال .

ومن ذلك : إفتاؤهم بحجواز الاستئجار على تعليم القرآن الكريم

لا انقطاع عطايا المتعلمين التي كانت في الصدر الأول ، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة لزم ضياعهم وضياع عيالهم ولوا اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة يلوم ضياع القرآن والدين . فافتوا بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن ، وكذا عن الإمامة والأذان . مع أن هذا يخالف لما اتفق عليه الإمام أبو حنيفة وصاحباؤه — رضى الله عنهم — وهو عدم جواز الاشتجار على ذلك وأخذ الأجرة عليه لأنه طاعة كبقية الطاعات من الصلاة والصوم والحج وقراءة القرآن ونحو ذلك .

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً : قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن — رضى الله عنهما — بعدم الاكتفاء بظاهر العدالة مع مخالفة ذلك لما نص عليه الإمام أبو حنيفة — رضى الله عنه — بناء على ما كان في زمنه من غلبة العدالة لأنه كان في الزمن الذي شهد له رسول الله ﷺ بالخيرية وهما أدركا الزمن الذي فشا فيه الكذب . وذكر ابن عابدين كما تقدم : أن العلماء قد نصوا على أن هذا الاختلاف اختلاف عصر وأوان لا اختلاف حجة وبرهان .

ويقول أيضاً : « اعلم أن المتأخرين الذين خالفوا النصوص — أى نصوص الكتب الفقهية لانصوص الشريعة لم يخالفوه — أى الإمام — إلا لتغير الزمان والعرف وعلهم أن صاحب المذهب لو كان في زمنهم لقال بما قالوه مما يستخرج به الحق من ظالم أو يدفع دعوى متعنت ونحوه . بعدم سماع دعواه أو بحجبه أو نحوه ، وإسكن لا بد لكل من المفتي والحاكم من نظر شديد واشتغال مديد ومعرفة بالأحكام الشرعية والشروط المرعية . فإن تحكيم القرائن غير معارذ . . فللمفتي أن يفتي على عرف أهل زمانه . وإن خالف زمان المتقدمين وكذا للحاكم العمل بالقرائن في أمثال ما ذكرناه . حيث كان أمراً ظاهراً » اهـ .

والمفتي الذي يفتي بناء على العرف لا بد له من معرفة به ومعرفة بأحوال الناس ومعاملاتهم هل هي موافقة للنصوص الشرعية أو مخالفة ومعرفة بالعرف العام والخاص والقولي والعمل. يقول ابن عابدين : « فإن كان المجتهد لا بد له من معرفة عادات الناس فكذلك المفتي . ولذا قال في « منية المفتي » لو أن الرجل حفظ جميع كتب أصحابنا لا بد له أن يقتلن للفتوى حتى يهتدى إليها لأن كثيراً من المسائل يجاب عنه على عادات أهل الزمان فيما لم يخالف الشريعة » (١) . ونقل الزيلعي عن فقهاء بلخ : « الأحكام قد تختلف باختلاف الأزمان » (٢) .

وهذا يدل على مقدار احترام الفقهاء للعرف وفهمهم أن الفواعد الفقهية ما وضعت إلا لمصلحة الناس وضبط معاملاتهم التي يجب أن تخضع لأعرافهم حتى لا يجمد الفقه أمام ما يجد من حوادث بحسب اختلاف الأحوال وتغير الزمن .

وقد ترك فقهاء الحنفية القياس للعرف والتعامل وقدموه عليه وقالوا : إن العرف يقضى على القياس . . وقال حافظ الدين المنصفي (٣) :

« الأصول ثلاثة الكتاب ويتبعه شرع من قبلنا ، والسنة ويتبعها الآثار ، والإجماع ويتبعه التعامل والقياس أصل رابع ويتبعه التجري واستصحاب الحال . »

ثم قال عند كلامه على أخذ الأجرة على تعليم القرآن : « ولا بد أن يختلف الحكم باختلاف الأوقات ) .

(١) رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٩ وما بعدها .

(٢) تبين الحقائق للزيلعي ج ٥ ص ١٢٥ .

(٣) المستصفى للمنصفي مخطوط ورقة .



وقد حكم الإمام القرافي الإجماع على تغيير الأحكام التي مدرکها  
العرف بتغير تلك العوائد وما ذكره في هذا الصدد أوضح مما ذكره غيره .  
قال في الأحكام (١) :

« ما الصحيح في هذه الأحكام الواقعة في مذهب الشافعي ومالك  
وغيرهما المترتبة على العوائد وعرف كان حاصل حال جزم العلماء بهذه  
الأحكام ، فهل إذا تغيرت تلك العوائد وصارت العوائد لا تدل على  
ما كانت تدل عليه أولا فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء ،  
ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة أو يقال نحن مقلدون ، وما لنا  
بإحداث شرع لعدم أهليتنا للإجتihad فنفتى بما في الكتب المنقولة  
عن المجتهدين ، اهـ .

وبعد أن أورد القرافي هذا السؤال أجاب بما نصه :

« إن إجراء الأحكام التي مدرکها العوائد مع تغيير تلك العوائد  
خلاف الإجماع وجمالة في الدين ، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد  
ينغير الحكم فيه عند تغيير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة وليس  
يحدد الإجتihad من المقلدين حتى يشترط فيهم أهلية الاجتihad بل هذه  
قاعدة اجتهاد فيها العلماء وأجمعوا عليها فمن تبعهم من غير استتفاف  
اجتهاد ألا ترى أنهم لما جعلوا أن المعاملات إذا أطلق فيها الثمن يحتمل على  
غالب النقود ، فإذا كانت العادة نقداً معيناً حملنا الإطلاق عليه ،  
فإذا انتقلت العادة إلى غيره عيناً ما انتقلت العادة إليه والغينا الأول  
لا نتقال العادة عنه ، وكذا الإطلاق في الوصايا والأيمان وجميع أبواب  
الفقه المحمولة على العوائد إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكام في تلك

الآبواب ، وكذلك الدعاوى إذا كان القول من ادعى شيئاً لأنه العادة  
ثم تغيرت العادة لم يبق القول قول مدعيه بل انعكس الحال فيه ، اهـ .

وكذلك لو اختلفت العادات والأعراف من بلد إلى آخر أو انتقل  
المرد من بلد إلى آخر لأهله من العادات والأعراف في معاملاتهم ما ليس  
في البلد الذي كان فيه فإن معاملاته تخضع لتلك العادات والأعراف  
إذا كان عالماً بها أما إذا لم يكن عالماً بها فإنه يفنى بناء على عادته في بلده .

وقال القرافى بعد عبارته المتقدمة :

« ومن هذا الباب ما روى عن الإمام مالك — رضى الله عنه —  
إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول أن القول قول الزوج  
مع أن الأصل عدم القبض ، قال القاضي اسماعيل : « هذه كانت عادتهم  
بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى يقبض جميع صداقها واليوم  
عادتهم على خلاف ذلك ، فالقول : قول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف  
العوائد ، ثم قال : « إذا تقرر هذا فأما أذكر من ذلك أحكاماً  
نص الأصحاب على أن المدرك فيها العادة وأن مستند الفتيا فيها إنما هو  
العادة والواقع اليوم خلافه فيتعين تغيير الحكم على ما تقتضيه العادة  
المتجددة ، اهـ .

ثم ذكر القرافى الأحكام التي أشار إليها وكيف تغير الحكم فيها تبعاً  
للعرف والعادة وهي بعض ألفاظ الطلاق والمعاملات التي تعارفها الناس  
زمناً ثم تغيرت وأصبح معناها غير معروف فإذا ما وقعت اليوم في عقد  
فإنه يكون باطلاً وإن كان موجوداً في كتب الفقه حيث أن الناس  
لا يتعاملون به اليوم ولم تجر به عادة بينهم . ومن ألفاظ الطلاق التي

ذكرها ، خلية وبرية أو وهبتك لأهلك ، فإن من حلف بها يلزمه الطلاق الثلاث إذا اشتهرت في ذلك كما كان في عهد الإمام مالك رضي الله عنه — وقد ذكرت كتب المالكية أن مالكا — رحمه الله تعالى — أفتى بوقوع الطلاق فيمن قال لزوجته أنت خلية وبرية أو حرام حيث كان ذلك معروفاً في عهده في إزالة العصمة .

وقال القرافي : فإنه يجب الحكم في هذه الألفاظ بطلقة واحدة ولا يصح الحكم فيه بوقوع الثلاث إلا إذا كان عرف أهل البلد جرى بذلك .

ثم قال في الفرق (١) :

« وإياك أن تقول إنما لا نفهم منه إلا الطلاق الثلاث لأن مالكا — رحمه الله تعالى — قاله أو لأنه مسطور في كتب الفقه لأن هذا غلط بل لا بد أن يكون ذلك الفهم حاصلًا لك من جهة الاستعمال والعادة كما يحصل لسائر العوام . كما في لفظ الداية والبحر والراوية فالفقيه والعامي في هذه الألفاظ سواء في الفهم ولا يسبق إلى أفهامهم إلا المعاني المنقول إليها فهذا هو الضابط . . فإن النقل إنما يحصل باستعمال الناس لا بتساير ذلك في الكتب بل المسطر في الكتب تابع لاستعمال الناس » اهـ .  
وقال في تعليقه على الأحكام والألفاظ التي ذكر أنها ذكرت في كتب الفقهاء (٢) :

« إنك لا تجد الناس يستعملون هذه الصيغ المتقدمة في ذلك بل تمضي الأعمار ولا يسمع أحد يقول لامرأته إذا أراد طلاقها : أنت خلية ولا وهبتك لأهلك ولا تستعمل هذه الألفاظ في إزالة العصمة ولا في عدد

(١) الفرق ج ١ ص ٤٤

(٢) الأحكام ص ٧٠ ويراجع الآن في « صيغة التصرف » .

طلقات فالعرف حينئذ في هذه الألفاظ منفي قطعاً وإذا انتفى العرف لم يبق إلا اللغة عند عدم الغية والبساط . وفي اللغة لم توضع هذه الألفاظ لغة ولا عرفاً ولا نية ولا بساطاً<sup>(١)</sup> فهذه الأحكام حينئذ بلا مستند والفتيا بغير مستند باطلة إجماعاً وحرام على قائلها ومعتقدها . . نعم اعظم الحرام في عرفنا اليوم لإزالة العصمة خاصة دون عدد ، وهي مشتهرة في ذلك بخلاف ما ذكر ومقتضى هذا : أن يفتى بطلقة رجعية ليس إلا وينوى في غيرها من الألفاظ التي ذكرت معها فإن لم يكن له نية ولا بساط لم يلزمه شيء لأنها من الكنايات الخفية على هذا التقدير « ١ هـ .

وعلى ذلك فإن ما أفتى به المتقدمون من الفقهاء كان مراعاة لعرف زمانهم الذي اقتضى نقل هذه الألفاظ لهذه المعاني التي تعارفوا عليها وقد تغير الزمن وأصبح للناس لا يستعملونها فيما كانت تستعمل فيه فلا تعتبر حينئذ في الفتوى ويعتبر العرف الجاري وقت الفتوى أو الحكم وقد تقدم عن القرافي حكاية الإجماع على ذلك ، قال أيضاً :

« يفتى لكل أهل بلد بما تجرى به عادتهم ومن أفتى بغير ذلك كان خارقاً للإجماع فإن الفتيا بغير مستند يجمع على تحريمها ، وإجماع المسلمين على أنه إذا تغيرت العادة تغير الحكم وحرمت الفتوى بالحكم الأول ، وإذا وضح ذلك اتضح أن من لاحظ نقل العوائد في ذلك أنه على الصواب » ١ هـ .

ولما كان العرف مدركاً للفقهاء ومستنداً للحاكم والمفتي في كثير من الأحكام لأن طبيعة الناس في أعرافهم ومعاملاتهم مختلفة ومتغيرة

(١) بساط البين - عند المالكية - هو السبب الحائل على البين ، وهو أحد مقتضيات البين الخمسة عندهم وهي النية والبساط ، والعرف القول والعرف الشرعي والعرف الفعلي .

ولست لها صفة الدوام والبقاء واشترط في المجتهد كما تقدم أن يكون عالماً بأعراف الناس وعوائدهم قال الفقهاء :

« من جهل أهل زمانه فهو جاهل » لأن الحكم على غير ما يجري به العرف باطل وحرام . يقول القرافي ( في الفروق ) (١) :

« إن الأحكام المترتبة على العرائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت كالنقود في المعاملات والعيوب في الأعراض والبياعات . وبهذا القانون تراعى الفناوى عد طول الأيام فهما تجدد العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه ولا يجمد على المسطور في الكتب طول عمره ، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمتك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك وأسأله عن عرف بلده وأجره عليه ، وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات أبدأ ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين ، وعلى هذه القاعدة تنخرج أيمان الطلاق والعناق وصيغ الصراخ والسكنايات فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى النية وقد تصير السكناية صريحاً مستغنية عن النية » اهـ .

وقد علق ابن القيم على كلام القرافي بعد أن نقله بنصه تقريباً فقال :  
« وهذا محض الفقه ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمتهم وأمكتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل وكانت جنائته على الدين أعظم من جنائة من طيب الناس كلمهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمتهم وطبائعهم بما في

كتاب من كتب الطب على اختلاف أبدانهم بل هذا الطبيب الجاهل  
وهذا المفتي الجاهل أضرم ما على أديان الناس وأبدانهم والله  
المستعان» (١).

وهذا المبدأ (مبدأ تغير الأحكام المترتبة على العوائد) لم يفت فيه  
الفقهاء فقط بما خالف المروى عن الأئمة وإنما أفتوا بمخالفة النصوص  
الشرعية المعللة بالعرف إذا تغير العرف للضرورة والمصلحة وعللوا ذلك  
بالحاجة واختلاف الزمان وتغير الأحوال وأن الحكم يتبع علته  
وجوداً وعدماً.

ومن الأمثلة على ذلك : تجويز فقهاء الحنفية التسعير عند الحاجة مع  
ورود النهي عنه ومنع الإمام أبي حنيفة وصاحبيه من التسعير ، وورد  
عن فقهاء المالكية القول بجواز التسعير إذا كان فيه رفعاً للضرر وضبطاً  
لسير التعامل بين الناس بلا إجحاف بالبايع أو المشتري . . يقول الباجي  
في المنتقى نقلاً عن ابن حبيب (٢) :

« ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل السوق ويحضر غيرهم استظهاراً  
على صدقهم فيسألهم عن البيع والشراء والأسعار ويسعر بما فيه رضاهم  
ورضا العامة حتى لا يضر بالفريقين وأما إذا سعر لهم بما فيه إجحاف لهم  
ولاربح فيه يؤدي إلى فساد الأسعار وإخفاء الأقوات وإتلاف أموال  
الناس » أ هـ .

ومن الصور التي تغير فيها الحكم تبعاً لتغير الزمن واختلاف أحوال  
الناس أن المطلق في زمن النبي — صلى الله عليه وسلم — وزمن أبي بكر

(١) أعلام اللوطين رقم ٣ ص ٦٦

(٢) المنتقى شرح اللوطي ج ٥ ص ١٩ ويراجع ما يأتي .

(٨ — أثر العرف)

وصدرأ من خلافة عمر — رضى الله عنهما — إذا جمع الثلاث بلفظ واحد فإنه يقع واحدة كما ثبت ذلك فيما رواه مسلم عن معمر وابن جريج عن ابن طاووس عن أبيه ، أن أبا الصمياء قال لابن عباس — رضى الله عنهما — « ألم تعلم أن الثلاث كانت تجعل على عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وأبى بكر وصدرأ من خلافة عمر واحدة قال نعم ، وفي رواية أن ابن عباس قال : فلما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطلاق فأجازه عليهم » .

وقد روى الإمام أحمد — رحمه الله تعالى — عن ابن عباس — رضى الله عنهما — قال :

« طلق أبو ركانة امرأته في مجلس واحد ثلاثاً لحزن عليها ، فقال له رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فإنها واحدة » وفي رواية أبى داود « فقال النبي — صلى الله عليه وسلم — راجع امرأتك فقال : لمنى طلقته ثلاثاً ، قال : قد علمت فراجعها » اهـ (١) .

ثم ذهب عمر وابن عباس وعائشة ورواية عن الأئمة الأربعة والجمهور — رضى الله عنهم أجمعين — إلى أنه يقع به الثلاث ، وقد أفضى عمر — رضى الله عنه — إيقاع الثلاث معللاً ذلك بقوله : « إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم » .

وعمر — رضى الله عنه — لم يخف عليه أن الطلاق بلفظ الثلاث واحدة هو السنة ، وأنه توسعة من الله لعباده ، وأن لفظ الحديث دليل على أن إرسال الثلاث في لفظ واحد يكون طلاقاً واحدة ، وهذا الاحتمال هو الذى جرى عليه أهل الظاهر وقدم فيه فقهاء العصر الحاضر .

ويمكن أن يقال : إن المعنى أن الناس يطلقون اليوم ثلاثاً في لفظ واحد بينما كانوا لا يفعلون ذلك في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر والصدر الأول من خلافة عمر — رضى الله عنهما — وإنما كانوا يطلقون واحدة فتعصب واحدة فلر طلقوا في عهده — صلى الله عليه وسلم — ثلاثاً لأنهم بالثلاث ، وهذا هو رأى جمهور الأئمة ، ويدل له قول عمر رضى الله عنه أن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة ... الخ .

وقد دل على وقوع الثلاث واحدة كما يقول ابن القيم — الكتاب والسنة والإجماع القديم — ( أى الذى حدث فى عهد أبى بكر والصدر الأول من خلافة عمر ) ولم يأت بعده إجماع يبطله ولكن رأى أمير المؤمنين عمر — رضى الله عنه — أن الناس قد استهانوا بأمر الطلاق وكثر منهم إيقاعه جملة واحدة فرأى من المصلحة عقوبتهم به بإمضائه عليهم ليعلموا أن أحداً منهم إذا أرقعه جملة بانت منه المرأة وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره .

وعمر — رضى الله عنه — قد رأى فى هذا الحكم زجراً عن الاسترسال فى الطلاق الذى تتابع الناس فيه وقد تحقق المقصود من ذلك فى زمن عمر رضى الله عنه — لأن الناس فى زمنه تلاعبوا بالفاظ الطلاق وطلقوا على غير السنة فألزمهم عمر — رضى الله عنه — به عقوبة لهم على ما فعلوا .

يقول ابن القيم :

« فهذا مما تغيرت به الفتوى لتغير الزمان وعلم الصحابة — رضى الله عنهم — حسن سياسة عمر ونأديبه لرعيته فى ذلك فوافقوه على ما ألزم



به وصرحوا لمن استفتاهم بذلك . . . لأنهم رأوا مفسدة تتابع الناس في إيقاع الثلاث لا يندفع إلا بإيضائها عليهم ، فرأوا مصلحة الإحصاء أقوى من مصلحة عدم الوقوع<sup>(١)</sup> .

وهذا وقد رأى كثير من الفقهاء أن الأمور تغيرت ولم يعد هذا التقييد في الطلاق مفيداً فيجب أن تعود الفتوى إلى ما كان في عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقلدوا في ذلك أهل الظاهر .

ومن الأمثلة على « مبدأ تغير الأحكام المترتبة على العوائد ( إيجاب الدية على العاقلة ) » . وسيأتي الحديث عنها في ( العرف والإجماع ) .

وهذا وقد رجح المتأخرون من فقهاء الحنفية ، القول الضعيف على ظاهر الرواية عندهم مع اعترافهم بضعف دليله تبعاً لتغير الزمان والعرف لأن الوقوف مع ظاهر الرواية يلحق بالناس الضرر ويوقعهم في الحرج . ومثال ذلك : أن ظاهر الرواية عندهم : أنه يجوز للمرأة أن تزوج نفسها من غير ولي . وفيه قول ضعيف وهو : أن المرأة لا تزوج نفسها إلا بولي .

وأفتى المتأخرون بعدم صحة نكاح المرأة إلا بولي في غير كف . مع أنها رواية ضعيفة بناء على فساد الزمان وتغير الأحوال .

وكذلك قال فقهاء المالكية بالعمل بالأقوال غير المشهورة في المذهب إذا جرى العمل بها قال « صاحب شرح عمل فاس » :

« ومعلوم أنه إذا تعارض المشهور والضعيف الذي جرى به العمل يقدم الضعيف الذي جرى به العمل وحيث كان كذلك فقد تعين الأخذ

(١) ابن القيم في أعلام الموقعين ج ٣ ص ٤٢ ، ٤٣ ، ٥٢ ، والسياسة الشرعية ص ١٨ ، ١٩ ،

وزاد المعاد ج ٢ ص ٧٣

عما جرى به العمل وارتفع اعتبار الخلاف في تلك النازلة بسبب جريه —  
أى لم يحز العدول عنه ولا الأخذ بخلافه ١ هـ .

ثم ذكر شروطاً لتقديم الضعيف الذى جرى به العمل نص عليها غير  
واحد من فقهاء المذهب .

١ — ثبوت عمل العلماء بذلك الضعيف من غير شك وإلّا تمين العمل  
بالمشهور .

٢ — كون العاملين به أهلاً للاقتداء بهم .

٣ — أن يكون عملهم به لمصلحة وسبب .

٤ — معرفة المكان لأن العمل قد يكون خاصاً ببعض الأماكن دون  
بعض وقد يكون عاماً فى جميع الأماكن .

٥ — معرفة الزمان لأن العمل قد يكون خاصاً فى بعض الأزمنة دون  
بعض وقد يكون عاماً فى جميع الأزمنة لأن المصلحة قد تكون فى زمن  
دون آخر وقد تستمر فى جميع الأزمنة (١) .

وهذا الذى ذكر يدل على أن العادات والأعراف كما تقدم أسباب  
اعتبرها الشارع وبني عليها الأحكام فما بنى عليه حكم منها فهو مستمر  
بامتداده وبقائه متغير بتغيره واختلافه كما يقدم القول الضعيف إذا  
جرى به العمل أو اقتضى العمل به للحاجة والضرورة لما يترتب عليه من  
مصالح معتبرة فى الشريعة الإسلامية .

وأقبراً : هذا التبديل والتغيير ليس نسخاً :

قال الامام الشاطبي في الموافقات : في حديثه عن اختلاف الأحكام باختلاف العادات : وإن ما جرى ذكره من اختلاف الأحكام عند اختلاف العوائد فليس في الحقيقة باختلاف في أصل الخطاب لأن الشرع موضوع على أنه دائم أبدي لو فرض بقاء الدنيا من غير نهاية والتكليف كذلك لم يحتاج في الشرع إلى مزيد ، وإنما معنى الاختلاف أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها ، (١) ١٥ .

فالأحكام الشرعية باقية بالنسبة للرقائع والحوادث بلا رفع ولا تغيير وإنما الذي تغير وتبدل هو مناط الحكم فإذا ارتفع المنط ارتفع الحكم لعدم مناسبته وملائمته .

ومثال ذلك : ما إذا جرى العرف بدفع الصداق قبل الدخول فيكون القول قول الزوج إذا ادعت الزوجة بعد الدخول أنها لم تقبض صداقها ويحكم بقول الزوج بناء على العرف والعادة وإذا تغير العرف فإن القول قول الزوجة بعد الدخول بناء على العرف وهذا ليس باختلاف في الحكم بل الحكم لمن ترجح قوله بالعرف والعادة التي شهدت له . فهذه الأحكام ليس فيها شيء من النسخ ولا يستطيع أحد ادعاء ذلك ، وليس فيها تغيير لمداول النص الشرعي بحال من الأحوال وإن تغير بعض الأحكام المعللة بالعرف أو الحاجة والمصلحة ودفع الضرر وإنما يحدث حتى تلائم روح الشريعة الإسلامية المبينة على اليسر ورفع الحرج . كما قال تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » ، « ما جعل عليكم في الدين من

خرج « : وجاء في الحديث الشريف : « يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا » و « خذوا من العمل ما تطيقون » (١) .

وشأن الفسخ أنه إذا نسخ الحكم فإنه يرتفع ولا ينظر إليه بعد ذلك أما التغيير في هذا الموضوع فإنه قد يعود الحكم الأول الذي ترك للتغيير العادة إذا عاد إليها الناس مرة أخرى أما الفسخ فهو ترك أو تغيير الحكم الأول إلى الثاني ليس إلا ، كما أن الأحكام التي جاءت النصوص الشرعية بأنها ثابتة مستمرة فإنها لا تتغير مهما تغير العرف أو تبدل : وفي حاشية الأمير : « إنما يحكم العرف في المعاملات ولا يفسخ سنة » اهـ .

قال ابن القيم في إغاثة اللهفان :

« الأحكام نوعان : نوع : لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها لا يحسب الإزيمة والائتمنة ولا اجتهاد الائتمة كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد مخالف لما وضع عليه .

والنوع الثاني : ما يتغير فيها بحسب المصلحة فشرع التعزير بالقتل لمدمن الخمر في المرة الرابعة وعزم بحرق البيوت على المتخلف عن حضور الجماعة لولا ما منعه من تعدى العقوبة إلى غير من يستحقها من النساء والنزرة .. وعذر بالعقوبات المالية في عدة مواضع وعدة مسائل . . . وكذلك أصحابه — صلى الله عليه وسلم — تنوعوا في التعزيرات بعده فكان عمر — رضى الله عنه بحلق الرأس وينقي ويضرب ويحرق حوائط الخازين . والقري التي تباع فيها الخمر وحرق قصر سعد بن أبي وقاص في الكوفة لما

احتجب عن الرعية وكان له — رضى الله عنه — في التمييز اجتهاد وافقه عليه الصحابة بكل نصحه ووفور علمه ، وحسن اختياره الأمة وحدث أسباب اقتضت تعزيره بما يردعهم لم يكن مثلها في زمن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — أو كانت ولكن الناس زادوا عليها وتتابعوا فيها ، فن ذلك أنهم لما زادوا في شرب الخمر وتتابعوا فيه وكان قليلا في عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — جعل عمر حده ثمانين ونفى فيه ، ومن ذلك اتخاذ داراً للسجن ومن ذلك ضربه للتوايح حتى بدا شعرها ، وهذا باب واسع وقع فيه الاشتباه على كثير من الناس تبعاً لاختلاف المصالح وجوداً وعدماً ، اهـ (١) .

ويقول الأستاذ مصطفى الزرقا (٢) :

د فالحقيقة أن الأحكام الشرعية التي تتبدل بتبدل الزمان مهما تغيرت بتغيره فإن المبدأ الشرعى فيها واحد وما تبدل الأحكام إلا بتبدل الوسائل والأساليب الموصلة إلى غاية الشارع فإن تلك الوسائل والأساليب في الغالب لم تحددها الشريعة الإسلامية لكي يختار منها في كل زمان ما هو أصالح في التنظيم نتاجاً وأصح في التقويم علاجاً ، اهـ .

(ب) التقسيم الثانى للمعرف :

ينقسم العرف إلى قولى وعملى ، وكل منهما إلى عام وخاص ، واستعمال صحيح أو فاسد على الوجه الآتى :

(١) لغاية اللهفان من مكاييد الشيطان ج ١ ص ٣٤٦ وما بعدها ( باختصار ) .

(٢) المدخل الفقهي العام ج ١ ص ٩١٥ ف ٥٤٠

## ١ - العرف القولى

العرف القولى : هو أن يتعارف الناس إطلاق اللفظ على شىء معين ، وهذا عرف الاستعمال .

وعرف القرافى « العرف القولى » فقال :

« العرف القولى : أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ فى معنى معين ولم يكن ذلك لغة ، (١) .

وعرفه ابن أمير حاج فقال (٢) :

« العرف القولى أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى . كالدابة على الحمار والدرهم على النقد الغالب » .

ومعنى ذلك أن يصير المعنى الذى أطلق عليه اللفظ فى العرف متبادراً عنه عند سماعه بحيث لا يفهم منه سوى ذلك المعنى .

وقد يطلق اللفظ فى العرف ويراد به بعض مدلوله كالدرهم على النقد الغالب فيصير مقصوراً على نوع معين منها ، بعد أن كان يطلق على جميع الدراهم بعد أن أصبح فى المجتمع ما يشبه الاتفاق على هجر المعنى الأول بتكرار الاستعمال للمعنى الثانى الذى شاع استعماله فى العرف واستقر فى وجدان المجتمع وهذا الاستعمال بمثابة وضع جديد للفظ كما يطلق اللفظ ويراد به غير مدلوله مثل قتل زيد عمراً ، ويراد به الضرب الشديد .

---

(١) الفروق ج ١ ص ١٧١

(٢) التقرير والتحجير ج ١ ص ١٨٢

قال القرافي في الأحكام (١) :

« إن معنى العادة في اللفظ أن ينقل لإطلاق لفظ واستعماله في معنى حتى يصير هو المعتاد من ذلك اللفظ عند الإطلاق مع أن اللغة لا تقتضيه ، وهو الحقيقة العرفية ، وهو المجاز الراجح في الأغلب وهو معنى قول الفقهاء : إن العرف يقدم على اللغة عند التعارض ، اهـ .

ومثال ذلك تعارف الناس لإطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى مع أنه في اللغة يشمل النوعين وجاء ذلك في القرآن الكريم . قال الله تعالى : « ولَكُمْ نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد » (٢) . وكتعارفهم لإطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع مع أنها في اللغة لكل ما يذب ، وكذلك تعارفهم عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك مع أن اللغة لا تمنع ذلك وسماه القرآن لحماً بالقيء في قوله تعالى : « وهو الذي سخر البحر لتأكلوا لحماً طرياً وتستخرجوا منه حلية تلبسونها » (٣) . ومن ذلك وضع القدم في دار فلان ، ثم دخلها ركباً حنث بناء على العرف ولو وضع رجله فيها دون أن يدخل وهو في الخارج لم يحنث .

وكما ينقل العرف اللفظة للفرد كما ذكر ينقل المركب : « وضابط النقل في المركبات أن يكون شأن الوضع اللغوي تركيب لفظ مع لفظ ثم يشتهر في العرف تركيبه مع غيره . ومثال ذلك : قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » وقوله تعالى « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير » والأحكام إنما تضاف للأفعال دون الأعيان فالتحريم في الأمهات وما ذكر في الآية

---

(١) الأحكام ص ٦٨ ، ٦٩

(٢) سورة النساء ١٢

(٣) سورة النحل ١٤

ليس من حيث الذات بل المراد الاستمتاع ولزم تعلق التحريم بجميع أنواع الاستمتاع وكذلك عين العرف الانتفاع بشيء من الميته فتعلق التحريم بالانتفاع .

وقال الفقهاء : « إنه لما استحال تعلق الأحكام الشرعية بالأعيان وجب أن يضم في الكلام ما يصح أن يتعلق به التحريم . ويعين المضمحل بالعرف لأن العرف والسياق يدلان على أن المضمحل هو المعنى المقصود في الآية الأولى . وهو الاستمتاع وفي الثانية الأكل » .

وقال المالكية :

« المقصود بتحريم الانتفاع بشيء من الميته مطلقاً لأنه لما تعذر تعلق التحريم بالميته نفسها وجب الإضمار ولما لم يتعين شيء وجب إضمار كل مقدر يصح إضماره والانتفاع منه فوجب تعلق التحريم به » .

قال القرافي (١) :

« وجميع ما يرد من الأحكام كان أصله أن يضاف إلى الأفعال ويركب معها فإذا ركب مع الذوات في العرف وما بقي يستعمل في العرف لإمعان الذوات ، فصار هذا التركيب الخاص وهو تركيب الحكم مع الذوات موضوعاً في العرف للتعبير به عن تحريم الأفعال المضافة لتلك الذوات ، وليس كل الأفعال بل فعل خاص مناسبت لتلك الذوات ( ١ هـ ) .

ومن النقل في المركب أفعال ليست بأحكام مثل قولهم في العرف :

(١) الفروق ج ١ ص ١٧١ ومنتاح الوصول في ابتناء الفروع على الأصول ص ٨٩ ، ٩٠ ،  
ونفائس الأصول شرح الحصول للقرافي (مخطوط) ج ١ ص ٢٠



أكلت رأساً وأكل رأساً فإنه ينصرف إلى ما تعارف الناس أكله من الرأس  
فيطلق اللفظ في العرف ويراد به بعض ما يدل عليه وهو تخصيص للعام  
الذى تناوله لفظ الرأس ، وذلك أصبح متعارفاً في دلالة على بعض المدلول ،  
ومثل ذلك لفظ الدابة في قول القائل : ركب دابة ، فإنه أريد به غير  
ما وضع له .

ومن النقل العرفي في المركبات استعمال اللفظ في الدلالة على غير مدلوله  
مثل : قتل زيد عمراً ، ويراد به الضرب الشديد . ومن أمثلة ذلك قولهم :  
« قتل فلان قتيلاً وطحن دقيقاً » ، ومن ذلك قول علماء الفرائض : « مات  
الميت عن كذا وترك كذا » فإنه في اللغة غير صحيح لأن القتل لا يقتل  
ولأنما يقتل الحي ، والدقيق لا يطحن وإنما يطحن القمح ، والميت لا يموت  
ولأنما يموت الحي وهو صحيح في العرف لأنه في الاستعمال العرفي صار  
موضوعاً في المثال الأول لقتل الحي ، وفي الثاني لطحن القمح ، وفي المثال  
الثالث لموت الحي ، وإن كان يصح في اللغة ، بمحذوف مضاف وفي العرف  
لا ينظرون إلى هذه المضافات ولا تخطر ببالهم .

وهكذا فإن العرف القولي لا يكون إلا إذا نقلت الألفاظ عن معناها  
اللفظي كما تقدم ، أما إذا استمر المعنى اللفظي متعارفاً فلا يسمى عرفاً  
قولياً أو حقيقة عرفية ، وإنما هي حقيقة لغوية مشهورة سواء كان ذلك  
في المفردات أو المركبات كما في الدابة بالنسبة إلى ذوات الحوافر فهذا مجاز  
مفرد ومنقول عرفي حيث تطلق الدابة في مصر على الخمار وعلى الفرس في  
العراق .

أما في المركبات فمى منقولات عرفية ومجاز في المركب ، وبهذا تعتبر  
الحقائق العرفية حيث بلغ استعمالها وتكرره إلى هجر المعنى الأول . . وفي  
ذلك يقول الأصوليون :

د الحقائق العرفية مقدمة على الحقائق اللغوية ، ، د والحقبة تترك  
بدلالة الاستعمال والعادة ، وقال القراني في الفروق :

د إذا ظهر أن العرف كما ينقل أهله اللفظ المفرد ينقلون أيضاً المركب  
فمثل هذا النقل العرفي يقدم على موضوع اللغة لأنه ناسخ للغة والناسخ  
يقدم على المنسوخ فهذا معنى قولنا : الحقائق العرفية مقدمة على الحقائق  
اللغوية ، (١) .

وقد اعتبر الفقهاء العرف القولي فحملوا عليه ألفاظ التصرفات  
ولاحظوا ذلك في القضاء والفتوى وقالوا : كل متكلم إنما يحمل لفظه  
على عرفه فإنه كان المتكلم هو الشارع حملنا لفظه على عرفه وذلك مثل  
لفظ الصلاة فإنها تطلق في الشارع على الأفعال والأقوال المخصوصة التي  
بينها ، وفي اللغة الدعاء فإذا قال النبي — صلى الله عليه وسلم — لا يقبل الله  
صلاة بغير طهور يحمل على عرف الشارع لا اللغة ، وكذلك ما ورد في  
الشارع من ألفاظ أعطاه معنى شرعي أو تعاق بها حكم شرعي مثل الزكاة  
والصوم والحج وغير ذلك .

رمثل هذا أقوال الناس التي تدور عليها العقود والتصرفات فإنها تحمل  
على عرفهم في مخاطبتهم وما يترتب على ذلك من التزامات فإنها تجري على  
حسب ما يفيد اللفظ في العرف (٢) .

---

(١) الفروق للقراني ج ١ ص ١٧٣

(٢) يراجع الآتي في العرف الذي يحمل عليه الألفاظ .

## ٢ — العرف العملي

العرف العملي : هو ما جرى عليه الناس وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم كتعارف الناس البيع بالتعاطي والاستصناع وتعارفهم طبع أوراق بأسعار الأمتعة كتعارفهم على أن وضع اليد على العين مدة طويلة دليل للملكية .

والاعراف والعادات التي تجرى بين الناس في معاملاتهم تقوم مقام النطق بالألفاظ الدالة على الإذن في الشيء أو المنع منه ، أو يكون قرينة تسوغ للشاهد أن يشهد للقاضي أن يقضى وللدفئ أن يفى وكل ذلك يقوم مقام اللفظ في التمييز عن المقصود .

قال ابن القيم : « وقد أجرى العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع » (١) .

وقال عز الدين بن عبد السلام :

« فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العام وتقييد المطلق وغيرهما » (٢) .

ومن الأمثلة التي ذكرها الفقهاء في هذا الموضوع :

« التوكيل في البيع المطلق فإنه يتقيد بشمن المثل وغالب نقد البلد ، تنزيلا للعادة الجارية في المعاملات منزلة صريح اللفظ ، ولذا لو وكل آخر في بيع متاع ثمنه ألف جنيه مثلا فباعه بعشرة أو نحوها فإن هذا في العرف والعادة غير مراد ولا داخل تحت لفظه في الإذن » .

وكذلك حمل الإذن في النكاح على الكف ، ومهر المثل لأنه المتبادر إلى الأفهام فيمن وكل آخر بتزويج ابنته أو وليته .

ومنه ما يدل على الإذن في الشيء كتقديم الطعام للضيف فإنه كالإذن الصريح في تناوله ، وفي الاستصناع إذا استصنع الإنسان شيئاً فإنه يحمل على صناعة المثل ، والاستئجار في الدور والحواريات فإنه ينصرف في كل شيء على ما يراد له في العرف .

وقد ذكر ابن القيم والعز بن عبد السلام وغيرهما من الفقهاء أمثلة كثيرة في هذا الموضوع إلا أن العز بن عبد السلام ، كان يحاول توجيه الأمثلة التي ذكرها مبيناً ما يحمل عليه العرف العملي في كل مثال من الأمثلة التي ذكرها .

وقال ابن القيم بعد أن عدد أنواعاً كثيرة جرى فيها العرف مجرى النطق :

« وهذا أكثر من أن يحصر وعليه يخرج حديث عروة بن الجعد البارقي حيث أعطاه النبي — صلى الله عليه وسلم — ديناراً يشتري به شاة فاشتري شاتين بدينار فباع إحداهما بدينار وجاءه بالدينار والشاة الأخرى فباع وأقبض وقبض بغير إذن لفظي اعتماداً منه على الإذن العرفي الذي هو أقوى من اللفظي في أكثر المواضع ، اهـ . »

وهذا صريح في اعتبار العرف العملي وتزويله منزلة النطق باللفظ فإذا كان للناس عادة في شيء فإنها بعد استمرارها واستقرارها تعتبر في بناء أحكام تصرفاتهم وتكون قرينة للقاضي والمفتي على المراد من هذه التصرفات ولذا قال القراني في الأحكام :

د فينبغي للمفتي إذا سأله مستفت لا يعلم أنه من أهل المذهب الذي منه المفتي وموضع الفتيا فلا يفتيه بما عاداته الإفتاء به حتى يسأله عن بلده وهل حدث لهم عرف في ذلك ، وأن العادتين متى كانتا في بلدين ليستا سواءاً إن حكمهما ليس سواء ، (١) هـ .

فالعرف العمل أو العادة في الفعل هي المحكمة فيما يجري بين الناس في معاملاتهم ما يجب منها وما لا يجب تبعاً للعرف الجاري بينهم ، وما يدخل في العقود تبعاً وما لا يدخل . وقد ترتب على ذلك ما ذكره الفقهاء من أن الشرط الذي كاللفظي وقولهم : « المدفوع كالمشروط » ، ود العادة الغالبة تنزل منزلة الشرط ، ود الثابت بالعرف كالثابت بالنصر ، ود المدفوع بين التجار كالمشروط بينهم ، .

ومعنى ذلك أن الناس إذا تعارفوا إعطاء الأجرة للصناع قبل القيام بالعمل أو بعده كان ذلك كاشتراطه قبل العمل أو بعده .

ولكن الإمام أباحنيقة - رحمه الله تعالى - بقول : « إذا لم يعين الأجرة فلا أجرة له . وقال أبو يوسف - رحمه الله تعالى - إن كان معاملاً له فله الأجرة وإلا فلا بمعنى أنه إذا قام بينهما تعامل اتصل بعرف العمل فإن التعامل اللاحق يتبع التعامل السابق . وقال محمد بن الحسن - رحمه الله تعالى - إن كان يقوم بهذا العمل بالأجر وقيام حلاله به كان القول قوله وإلا فلا اعتبار للظاهر المعتاد » (٢) .

---

(١) الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص ٧٣

(٢) أشباه ابن نجيم ص ٥٠

وقال ابن حجر في فتح الباري (١) :

دا كترى الحسن البصرى — رضى الله عنه — من عبد الله بن مرداس حماراً فقال : بكم ، قال : بدانقين ، ثلث درهم ، ثم جاء مرة أخرى فقال : الحمار الحمار فركبه ولم يشارطه فبعث اليه بنصف درهم ولم يشارطه اعتماداً منه على الأجرة المتقدمة وزاده بعد ذلك على طريق الفضل ثم قال ابن حجر « ومثله ، أنه إذا كان في عرف البلد أن المشتري بعشرة دراهم يباع بأحد عشر فباعه المشتري على ذلك العرف لم تكن به بأس » . اهـ .

وهذا إنما يتجه لو كانت السوق والظروف الاقتصادية ثابتة ولم تتغير .

وهذه القاعدة التي ذكرها الفقهاء ( المعروف كالمشروط ) قاعدة خلافية عند الفقهاء وقد تقدم ما ذكره الإمام أبو حنيفة — رحمه الله تعالى — في شأن العامل الذي لم يعين له أجرة أنه لا أجرة له وهو قريب مما ما أشار إليه محمد بن الحسن أنه لا اعتبار للظاهر المعتاد ما لم تعين الأجرة وكذلك جاء الخلاف عن فقهاء الشافعية في تنزيل العادة منزلة الشرط ، وقد جاء الحديث عنها بصيغة الاستفهام .

قال ابن نجيم في الأشباه والنظائر « العادة المطردة هل تنزل منزلة الشرط ؟ » (٢) .

وقال السيوطي في الأشباه والنظائر « العادة المطردة في ناحية هل تنزل عاداتهم منزلة الشرط ؟ » (٣) .

---

(١) فتح الباري ج ٤ ص ٣٢٢

(٢) أشباه ابن نجيم ص ٥٠

(٣) أشباه السيوطي ص ٩٢

فرأى جمهور الفقهاء أن تنزيل العادة بمنزلة الشرط هو الذى يجب العمل به وقال جمهور الحنفية : إن عليه العمل والفتوى . وقد ذكر السرخسى فى المبسوط من كتاب ( الإجارة ) « والمعلوم بالعرف كالمشروط ، أى كأنه شرط فى العقد وفيه أيضا « والثابت بالعرف كالثابت بالنص ، أى كأنه منصوص عليه فى العقد صراحة (١) .

ومثال ذلك الشراء من اعتادوا تقسيط الثمن أو البيع بأجل متعارف فيما بين التجار أو حلول الثمن وعدم تأجيله أو تقسيطه وللثمن أجرة المثل فيمن دفع ثوبه إلى خياط أو صباغ اعتاد العمل بالأجرة كما تقدم عن محمد بن الحسن - رضى الله عنه - وقال للزبلى : « والفتوى على رأى محمد » ٥١ .

قال ابن نجيم : « ومن هذا القيل نزل الخان ودخول الحمام والدلال كما فى الرواية ومن هذا القيل المعد للاستغلال » ٥١ .

وفرح الحنفية على قولهم « المعروف كالمشروط » :

« لو جهز الابن ابنته جهازاً ودفعه لها ثم ادعى أنه عارية ولا بينة فقيه خلاف ، والفتوى أنه إن العرف مستمر : أن الأب يدفع ذلك الجهاز ملكاً لا عارية لم يقبل قوله وإن كان العرف مشتركاً فالقول للأب » ٥١ .

ويرى بعض فقهاء الشافعية : « أن تنزيل العادة بمنزلة الشرط خلاف الغالب ، وأن ما اعتبرت فيه العادة فى بعض الغرور فهو مستثنى من الغالب فى المسألة عندهم رأيان :

الأول : العادة المطردة تنزل منزلة الشرط ، وهو موافق لرأى الجمهور .

الثاني : العادة لا تنزل منزلة الشرط .

وقال العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام :

« إذا باع ثمرة قد بدا صلاحها فإنه يجب إبقاؤها إلى أوان جزائها والتمكين من سقيها بماؤها لأن هذين مشروطان بالعرف فصارا كما لو شرطنا هما باغظه ، فإن قيل : لو باع ماشية وشرط سقيها أو علفها على البائع أو شرط إبقائها في ملك البائع مدة فإن ذلك لا يصح فلم يصح هذا الاشتراط هنا ، قلنا لأن الحاجة ماسة إليه وحاملة عليه فكان من المستغنيات من القواعد العامة تحصيلاً لمصالح هذا العقد ، اهـ (٢) .

كما ذكر العز أيضاً ، أن استصناع الصانع الذين جرت العادة بأنهم لا يعملون إلا بالأجر إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجرة فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ما جرت به العادة لدلالة العرف على ذلك .

وبما ذكره السيوطي مفرعاً على الخلاف بين الشافعية في هذا قوله :

« لو عم في الناس اعتبار منافع الرهن المرتين فهل ينزل منزلة شرطه حتى يفسد الرهن ، قال الجمهور : لا ، وقال القفال : نعم .

وذكر ابن حجر الهيتمي : أن قول القفال قد ضعفه الجمهور .

(١) أشباه ابن نجيم ص ٤٩ ، ٥٠ .

(٢) قواعد الأحكام ج ٢ ص ١٢٧ / ١٣٠ .



وَمِنْهَا لَوْ جَرَتْ طَلَعُ الْمُقْتَرَضِ بَرْدَ أَنْ يَدْعَا اقْتَرَضَ فَمَلْ يَنْزِلُ مَنْزِلَةً  
الْشَرْطُ قِيَحَرْمَ وَجْهَانِ أَحْمَهُمَا : لَا . . . وَمِنْهَا لَوْ دَفَعَ ثَوْبًا مِثْلًا إِلَى خِيَاطٍ  
لِيَخِيْطَهُ وَلَمْ يَذْكُرْ أَجْرَهُ وَجَرَتْ عَادَتُهُ بِالْعَمَلِ بِالْأَجْرَةِ فَمَلْ يَنْزِلُ مَنْزِلَةً  
شَرْطُ الْأَجْرَةِ خِلَافٌ ، وَالْأَصَحُّ فِي الْمَذْهَبِ : لَا ، وَاسْتَحْسَنَ الرَّافِعِيُّ :  
( نَمِ ) وَذَكَرَ السَّبُوطِيُّ أَنَّ الْأَصَحَّ تَنْزِيلُ الْعَادَةِ مَنْزِلَةَ الشَّرْطِ ، ( ١ ) هـ .

أَمَّا الْمَالِكِيَّةُ فَقَدْ تَرَدَّدَ عَنْهُمْ ( الْعَادَةُ كَالشَّرْطِ ) وَقَدْ اعْتَبَرُوا مَا وَلَمْ  
يَخْتَلَفُوا فِي الْمَسْأَلَةِ كَمَا تَقَدَّمَ عَنِ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَفِيَّةِ .

قَالَ ابْنُ فَرَحُونَ فِي تَبْصُرَةِ الْحُكَّامِ :

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - سَأَلْنَا مَالِكًا - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى  
عَنْ تَزْوِجِ امْرَأَةٍ فَأَصْدَقَهَا صَدَاقًا فَطَلَبَتْ مِنْهُ نَفَقَةَ الْعَرَسِ ، هَلْ ذَلِكَ عَلَيْهِ  
أَمْ لَا . قَالَ : مَا أَرَى ذَلِكَ عَلَيْهِ وَمَا هُوَ بِصَدَاقٍ وَلَا شَيْءٍ ثَابِتٍ وَلَا هُوَ لَهَا  
إِنْ مَاتَ وَلَا نِصْفَهُ إِنْ طَلَّقَ فَرَدَّدَ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ لَهُ يَا أَبَا عَبْدِ اللَّهِ : إِنْهُ شَيْءٌ  
أَجْرُهُ بَيْنَهُمْ وَهِيَ سَنَتُهُمْ فَقَالَ : إِنْ كَانَ ذَلِكَ شَأْنَهُمْ فَأَرَى أَنْ يُفْرَضَ  
عَلَيْهِمْ . وَقَالَ ابْنُ فَرَحُونَ : سَتَلْ مَالِكٌ عَنِ النَّكَاحِ : هَلْ يُلْزِمُهُ لِأَهْلِ  
الْمَرْأَةِ هَدِيَّةُ الْعَرَسِ وَجَلَّ النَّاسُ تَعْمَلُ بِهِ عِنْدَنَا حَتَّى إِنْهُ لَسَتْ كَوْنُ فِيهِ  
الْخُصُومَةُ . أُنْزِيَ أَنْ يَقْضَى بِهِ ، قَالَ : إِذَا كَانَ ذَلِكَ قَدْ عُرِفَ مِنْ شَأْنِهِمْ  
وَهُوَ عَمَلُهُمْ لَمْ أَرَأَنَّ يَطْرَحُ عَنْهُمْ إِلَّا أَنْ يَتَقَدَّمَ فِيهِ السُّلْطَانُ لِأَنِّي أَرَاهُ أَمْرًا  
قَدْ جَرَوْا عَلَيْهِ ، ( ٢ ) هـ .

وَقَدْ فَرَعَ الْمَالِكِيَّةُ عَلَى هَذَا أَنَّهُ إِذَا جَرَتْ عَادَةُ قَوْمٍ بِقَدْرِ الصَّدَاقِ

( ١ ) الْأَشْبَاهُ لِلْسَّبُوطِيِّ ص ٩٠ وَفَتَاوَى ابْنِ حَجَرَ الْحَيْثَمِيِّ ج ٤ ص ٥٧ .

( ٢ ) تَبْصُرَةُ الْحُكَّامِ ج ٢ ص ٦٧ ، ٦٨ .

وعرفها العاقدان ، إن هذه العادة بمنزلة التسمية ويحكم بذلك القدر المتعارف عليه في الصداق إذا لم يسم عند العقد ، لأن ما جرى به العرف يفرض على من لم يرد القيام به وقد جاء في فقه المالكية ( العادة كالشرط ) فالتزمه . وجاء في شرح تحفة الحكام :

« إذا كان للعرف أن الصداق إلى موت أو فراق ولكن عند الإشهاد يكتبونه على الحلول وطلبت الزوجة واحتجت بالكتابة المذكورة فهل تمكن من قبضه من الزوج إذا لم يكن طلاق . . . سئل ابن عرفة عن ذلك . فقال : اختلف فيها الشيوخ ، فقيل : يقضى لها وقيل : لا لجرى للعادة بأنه لا يطلب إلا إلى موت أو فراق . . . لأن العادة كالشرط فالتزمه ، (١) . »

وجاء في فقه الزيدية ما يفيد أن ما يدخل في البيع تبعاً للعرف الذي جرى به التعامل فهو كالمشروط . قال صاحب « البحر الزخار » ، (٢) :

« ما يدخل في البيت تبعاً قال الإمام يحيى : المتبع فيه العرف العام لا الخاص : ويدخل في البيع ونحوه للمالك ثياب للبذلة وما تعرف به لأمانيده ، وما للزينة كالعمامة والمنطقة والخاتم . قلت : إلا لعرف ، وقيل ما يستر العورة فقط ، قلنا : المتبع العرف ، وفي الخيل والبغال العذار ، وقال الإمام يحيى : والاعمام في عرفنا وكذا في الخبر التي تلجم لا السرج والحزام والعباءة واللبد والشكال والقيد وثقالة البغال وأكاف الحمار وحقيبة الجمل قلت إلا لعرف ، وفي الأرض الماء إلا لعرف كبلاد الري وخراسان ، وقال الإمام يحيى : والسواقي والمساقى والحيطان والطرق المعتادة إن كانت ، ا . »

وقد أخذ بهذه القاعدة مجلة الأحكام العدلية في المادة (٤٣) المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . والمادة (٤٤) المعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

قال صاحب (مرآة المجلة) في شرح هذه المادة :

« يعنى أن السند المعروف بينهم يجرى على عرفهم فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، مما يفرع عليه : الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بأجل متعارف فيما بين التجار في تلك الساعة جاز عند علمائنا وإن باع بأجل غير معروف فيما بين التجار بأن باع إلى خمسين سنة أو ما أشبه ذلك فبلى قول أبى حنيفة يحوز ، وعلى قول أبى يوسف ومحمد لا يحوز ، اهـ .

وتقدم ما مر عن فتح الباري : أن شريحاً القاضى قال للغزاليين « سنتكم بينكم » .

ومثل هذه القاعدة قول الفقهاء « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص »

وقد أخذتها مجلة الأحكام العدلية في المادة (٤٥) وفرع عليها الفقهاء

« أن المستأجر للدور ينصرف إلى السكنى وإذا أطلق الواقف وقفه يحمل على الاستغلال لا السكنى حيث كان عرف الواقفين كذلك ، .

وفي العارية قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة فالمطلقة أن يستعمل شيئاً ولم يبين أيستعمله بنفسه أو بغيره ، أو لم يبين كيفية الاستعمال وحكمها أن تنزل منزلة الملك ، وكل ما ينتفع به المالك للدابة مثلاً يفتة به المستعير من الركوب والحمل ، وله أن يركب ويحمل ولكن بالقدر المتعارف لزيادة عليه فيكون سبباً في إتلافها ، وإذا تسبب في إتلافها

بزيادة حمل أو غير ذلك ، ضمن عند المالكية (١) : وأما عند الإمام الشافعي وأحمد وابن عباس وغيرهم — رضى الله عنهم أجمعين — فالعارية مضمونة مطلقاً (٢) .

وقال الحنفية : إن شرط ضمان العارية شرط فاسد ، لأنه إذا هلكت العارية فإن الضمان يكون في غير معاوضة مائة . . ونقل الزيلعي رواية تفيد صحة اشتراط الضمان مستدلاً بما رواه الإمام أحمد وأبو داود والنسائي : « أن النبي ﷺ استعار يوم حنين أدراطاً من صفوان ابن أمية ، فقال : أغصباً يا محمد . قال : بل عارية مضمونة » (٣) .

قال بعض الحنفية : « ومقتضى هذه الرواية أنه إذا تعورف ضمان العارية عند الهلاك ينبغي أن تضمن » . . وذلك لأنه شرط صحيح لورود الشرع به فقد ذكر ابن نجيم في الأشباه : « والعارية إذا اشترط فيها الضمان على المستعير تصير مضمونة عندنا » اهـ .

وعلى ذلك فإنه إذا تعورف ضمان العارية عند الهلاك فيجب اتباع العرف وما لم يتعارف ضمانها فلا تضمن ، وذكر ابن حزم في مراتب الإجماع ، أن الفقهاء (٤) :

« أجمعوا على أن المستعير إذا تعدى في العارية فإنه ضامن لما تعدى فيه منها ، ما يباشر لإفساده بنفسه ، اهـ . وعلى هذا فقاعدة (العرف كالمشروط) قاعدة معتبرة عند الفقهاء إذا كان معتبراً شرعاً .

(١) الفرح الصغير للدردير ج ٢ ص ١٩٢

(٢) سبل السلام ج ٣ ص ٦٧

(٣) تبين الحقائق للزيلعي ج ٥ ص ٨٥ وأشباه ابن نجيم ص ٥٠

(٤) مراتب الإجماع ص ٩٥

### ٣- العرف العام

العرف العام هو ما تعارفه عامة الناس سواء أكان قولياً أو فعلياً .

فالذي تعارف عليه الناس من قول أو فعل وجرى عليه التعامل بينهم هو للمعنى المراد من العرف العام الذي اعتبره الفقهاء .

ويشترط بعض الفقهاء في العرف العام استمرار العمل به بين الناس من عهد الصحابة - رضى الله عنهم - ويقره المجتهدون الذين رأوا ما تعارف عليه الناس وتعاملهم به وقد يكون ذلك على فعل شيء أو تركه .  
قال ابن عابدين في رسالته ( شفاء العليل في حكم الوصية ) في تعريف العرف العام (١) :

« لأنه ما تعارفه المسلمين من عهد الصحابة إلى زماننا وأقره المجتهدون وعملوا به بناء على التعارف العام وإن خالف القياس ولم يرد به النص ولا قام عليه دليل ، فهذا أخذ به الفقهاء وأثبتوا به الأحكام الشرعية وقد قالوا : إن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص » اهـ .

وقد ذكر هذا التعريف ( على حيدر ) في شرحه المادة (٣٦) من مجلة الأحكام العدلية ( العادة محكمة ) فقال :

« العرف العام عندنا هو العرف الجارى من عهد الصحابة حتى زماننا والذي قبله المجتهدون وعملوا به ولو كان مخالفاً للقياس » اهـ .

والشرط الذي ذكره ابن عابدين وعلى حيدر وهو أن يقره المجتهدون ويقبلوه هو ما أشير إليه في التعريف المختار للعرف : وهو ( أن يقره الشريعة ولا تزده ) ولا يتحقق هذا الشرط إلا بقبول الفقهاء للعرف الذي جرى به التعامل بين الناس ولم يخالف النصوص الشرعية العامة . . وإن خالف القواعد - أي القياس - كما سيأتي .

والعرف العام العمل أو العادة الفعلية العامة ( غلبة صدور فعل دون غيره من عموم الناس ) أو من غالبهم ( وهو يقابل العرف الخاص ) وقد مثل الفقهاء لذلك بالاستصناع وقالوا : « إن القياس عدم جوازه ولكنه ترك للتعامل به من غير نكبر من الصحابة والتابعين أو من غيرهم من الفقهاء » وقالوا : « هذا التعامل حجة يترك به القياس ويخص به الأثر ( وبهذا المعنى هو الإجماع العملي ) »

يقول الكمال بن الهمام في كلامه عن الاستصناع :

« إننا جوزنا الاستصناع استحساناً بالتعامل الراجع إلى الإجماع العملي إلى يومنا هذا بلا نكبر والتعامل بهذه الصفة مندرج في قوله ﷺ لا تجتمع أمي على ضلالة » اهـ .

وهذا الذي ذكره بعض الفقهاء في العرف العام من جريانه من عهد الصحابة إلى زماننا هذا خير مسلم وقد استظهر ابن عابدين بعد أن ذكر هذا الشرط : أنه لا يلزم في العرف العام أن يكون قد جرى عليه العمل من عهد الصحابة - رضي الله عنهم - مع تتابع الناس عليه من بعدهم كما يؤخذ من رده على مشايخ بلخ ، حيث أجازوا بيع شرب يوم أو نحوه مع ما فيه من من الغرر لأن أهل بلخ تعاملوا بذلك ، فردده بقوله :

« إن هذا تعامل أهل بلدة واحدة » أي فلا يعتبر كالعرف العام ولم

يقول : إنه عرف حادث وليس بقديم أو لم يجر العمل به من عهد الصحابة —  
رضي الله عنهم أجمعين — كما يقول في رده على من اشترط ذلك في بعض  
المسائل الفقهية .

« إنما يصح دعواك تخصيص العرف بما ذكرته إذا ثبت أن ما ذكر من  
هذه المسائل كان العرف فيها موجوداً زمن المجتهدين من الصحابة وغيرهم ،  
وإلا فيبقى على عمومته سراداً به ما قابل العرف الخاص ببلدة واحدة وهو  
ما تعامله عامة أهل البلاد سواء كان قديماً أو حديثاً » (١) .

وعليه فالمراد بالعرف أعم من الذي ذكره كما يؤخذ من الفروع  
الفقهية التي بنيت أحكامها على العرف فالعرف الحادث يعتبر ويقدم على العرف الذي  
سبقه كما يعتبر العرف القائم سواء كان قديماً أو حديثاً إذا تعارف عليه عامة  
الناس أو أغلبهم وبأخذ حكمه للعام . وهذا هو ما عليه جمهور الفقهاء .

وقد جاء في عبارات الفقهاء ما يؤيد ذلك الفنى استظهره ابن عابدين .  
قال ابن نجيم في الأشباه والنظائر في حديثه عن أقسام العرف .

« والعرفية العامة ، كوضع القدم . أى إذا قال : والله لا أضع قدمي  
في دار فلان فهو في العرف العام بمعنى الدخول سواء دخلها ماشياً أو راكباً  
ولو وضع قدمه بدون أن يدخل لم يحث » (٢) ١ هـ .

وذكر فقهاء المالكية في العرف العام : أنه ما غلب على الناس من قول  
أو فعل أو ترك . فما تعارفه الناس من ألفاظ استعمالوها في مخاطبتهم  
وتصرفاتهم وغلبت على غيرها في الاستعمال فهذا هو العرف العام في القول ،

(١) رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٩

(٢) أشباه ابن نجيم ص ٤٦

وكذلك ما غلب على الناس في معاملاتهم أو تعارفوا تركه فهو العرف العام المعلى .

قال الإمام القرافى في ( شرح التنقيح ) (١):

« العادة غلبة من المعاني على الناس وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم كال حاجة للغذاء والتنفس في الهواء وقد تكون خاصة ببعض البلاد كالنقود والعيوب وقد تكون خاصة ببعض الفرق كالآذان للإسلام والناقوس للنعصارى فهذه يقضى بها عندنا ، ا هـ .

وقال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور في حاشيته على شرح التنقيح في معنى قول القرافى (٢) « وعندنا العوائد مخصصة للعموم ، المراد العوائد العامة وهي ما غلب على الناس من قول أو فعل أو ترك .

فالتعارف العام على فعل شيء أو قول في معنى معين هو ما ذكره الفقهاء في حديثهم عن العرف العام . إلا أن الشيخ محمد الطاهر بن عاشور ، زاد كما رأينا التعارف على ترك شيء من الأشياء وجعله أحد أقسام العرف أو داخلاً تحته .

والناظر في أقوال الفقهاء : يرى أنهم يشيرون إلى هذا القسم عندما يقولون : أن العرف في كذا تغير أو تبدل ، وأصبح لا يعمل به فانهم يعنون بذلك أن الناس تعارفوا على ترك ما كان يفعل من قبل سواء كان عاماً أو خاصاً .

(١) شرح التنقيح للقرافى من ٢٠٠

(٢) حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح ج ١ من ٢٤٨ ، كما يراجع البدائع



هذا والعرف القولي العام -- زيادة على ما تقدم -- هو أن يتفق أهل  
العرف العام على أن يراد من اللفظ مفرداً كان أو مركباً معنى غير المعنى الأصلي،  
وبذلك يسمى حقيقة عرفية عامة، إن كان الاستعمال لعامة الناس أو خاصتهم  
إن كان الاستعمال لطائفة معينة ويعتبر هذا الاستعمال وحده جديداً للفظ وذلك  
مثل لفظ «الدابة»، فإنها في أصل وصفها للغوى اسم لكل ما يدب على  
الأرض ثم خصصها العرف العام بذوات الأربع : كالفرس والحصان وما  
يركب عادة ويحمل عليه وشاع هذا الاستعمال حتى صار حقيقة عرفية  
لا يراد غيرها عند الإطلاق -- كما سلف .

### ج - العرف الخاص

لقد تقدم في تعريف العرف العام : أنه ما تعارفه عامة الناس . . . الخ .  
فالعرف الخاص إذن ما لم يتعارفه عامة الناس أو أهل البلاد جميعاً ،  
كالألفاظ المصطلح عليها في عرف الشرع أو عرف التخاطب أو في عرف  
طائفة خاصة أو جماعة معينة من الناس .

والفقهاء عندما يستعملون ألفاظ النكاح والطلاق والصلاة والصوم ،  
وغير ذلك من الألفاظ التي عرف لها معنى شرعي إنما يريدون منها تلك  
المعاني الشرعية عند الإطلاق لأنها أصبحت حقيقة عرفية لهذه المعاني  
في عرف الشرع .

وكذلك الألفاظ التي اصطلاح عليها أهل العلوم ، وأرباب الحرف  
والصناعات فإنها يفهم منها عند الإطلاق : هذه المعاني الاصطلاحية دون  
اللغوية لتلك الألفاظ . لجريانها في استعمالهم وتخاطبهم ولا يلتفتون إلا إلى  
هذه المعاني الاصطلاحية وأصبح اللفظ حقيقة في المعنى العرفي .

وإذا تعارف قوم لإطلاق لفظ الدابة على الحمار كما في مصر أو على الفرس كما في العراق بحيث لا يتبادر عند سماعه غيرهما كان حقيقة عرفية خاصة ، وكذلك إذا تعارف أهل بلد أو حرفة نوعاً من التعامل كان هذا عرفاً عملياً خاصاً. والعرف الخاص يعتبر في حق أهله الذين تعارفوه.

قال القرافي في شرح التنقيح في كلامه عن العادة :

« وقد تكون خاصة ببعض الفرق كالآذان للإسلام والناقوس للنصارى فهذه يقضى بها عندنا . اهـ . وقال ابن نجيم في الأشباه والنظائر :  
« العرفية الخاصة كاصطلاح كل طائفة مخصوصة كالرفع للنحاة والفرق والجمع والنقض للنظار ، (١) . »

## هـ - العرف الشرعي

العرف الشرعي هو اللفظ الذي استعمله الشرع مريداً به معنى خاصاً ، وهو داخل تحت أقسام العرف الخاص لأن نقل هذه الألفاظ التي تقدمت أصبحت معانيها اللغوية غير مرادة ومهجورة في عرف الشرع ولو أريد بها المعاني اللغوية فلا بد من قرينة تفيد إزاحة هذه المعاني فإذا أطاق لفظ الصلاة عند الفقهاء أريد به العبادة المعهودة المعروفة شرعاً ويتبادر هذا المعنى الشرعي إلى الذهن ولا يفهم منها غيره وأصبح المعنى الأول وهو الدعاء غير مراد لهجره في اصطلاح الشرع الذي أصبح بمثابة وضع جديد لهذه الألفاظ فأصبحت حقيقة في المعنى المتعارف شرعاً وبجازاً في غيره من المعاني .

## ٦- العرف الصحيح والفساد

ينقسم العرف بأنواعه وأقسامه المتقدمة عدا الشرعي إلى صحيح وفساد.

والعرف الصحيح : هو ما تعارفه الناس ولم يخالف النص الشرعي ولا الإجماع أو يفوت المصلحة ولا يجلب مفسدة كتمارف الناس إطلاق لفظ على معنى عرفي غير معناه اللغوي ، وتعارفهم وقف بعض المنقولات وتعارفهم تقديم بعض المهر وتأجيل البعض ، وغير ذلك .

وهذا العرف الصحيح : يجب أن يراعيه المجتهد في اجتهاده والقاضي في قضائه والدليل على هذا كما تقدم هو أن الشارع الإسلامي راعى عرف العرب في بعض أحكامه فوضع الدية على العاقلة ، واشترط الكفاءة في الزواج وبني الولاية في الزواج على العصبية وكذلك الإرث .

كذلك فإن ما يجري بين الناس من الأعراف الصحيحة ويكون من نظام حياتهم ومن حاجاتهم فإذا حدث من بعضهم نوع من التصرف فإنما يقصدون المتعارف بينهم ، وإذا تركوا شيئاً أو سكتوا عن التصريح به فهو اكتفاء بما يقضى به العرف لأن العرف كالشرط .

والثابت بالعرف كالثابت بالنص ، وقال الفقهاء : أن الشرط في العقد يكون صحيحاً إذا انتضاء العقد أو ورد به اشرع أو جرى به العرف الصحيح .

وأما العرف الفاسد أي المخالف لأصل شرعي فإنه غير معتبر ولا يراعيه الفقيه ولا المفتي ولا القاضي في قضائه ولهذا ألغى التشريع الإسلامي كثيراً من أعراف العرب الفاسدة التي تعارفوا عليها قبل الإسلام من الطواف بالبيت عراة وزواج المفت وغير ذلك .

ومن ذلك تعارف الناس اليوم لخروج النساء وهن سافرات يكشفن بعض أجسامهن مما يحرم كشفه شرعاً ، وكذلك إذا تعارف الناس بعض العقود الفاسدة كعقد الربا أو عقد الرهن الذي ينتفع فيه المرتهن بالمرهون باشتراط ذلك في العقد ، أو عقد مضاربة اشتراط فيه لرب المال قدر معين من الربح لا نسبي ، وغير ذلك من عقود فيها غرر .

فهذه الأعراف الفاسدة لا تعتبر ويجب إلغاؤها وعدم العمل بها لأنها خالفت نصوص الشريعة ومقاصدها العامة ، إذ الشريعة حاكمة لا محكومة ، كما أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يقر ما كان باطلاً من عادات الجاهلية حيث خالف منهاج التشريع في الإسلام .

هذا : ويذهب بعض الفقهاء إلى مراعاة العرف الفاسد عند الحكم به على فساد المعاملات التي وقعت بناء عليه وتسكون فاسدة تبعاً وفي مراعاته من هذا الوجه ، يقول الشيخ محمد الخضر حسين - رحمه الله تعالى - وذهب كثير من فقهاءنا - يعني المالكية - إلى عدم مراعاة العرف الفاسد وذهب آخرون إلى مراعاته ، وما ينبغي هذا : أن يجري عرف قوم ببعض العقود الفاسدة شرعاً ويختلف المتعاملان ، فيدعى أحدهما :

أن العقد وقع على الوجه الفاسد يروم نقض العقد .

ويدعى الآخر : أنه وقع على الوجه الصحيح .

فالقائلون بصحة مراعاة العرف الفاسد يرون العرف هنا شاهداً بصدق مدعى الفساد فينقض البيع ، إلا أن يقيم الآخر بينة على أن المعاملة جرت على وجهها الصحيح .

ثم قال : قال عبد المنعم بن الفرس في أحكام القرآن .

« وإذا تنازعا في بيع أو إجارة ، وادعى أحدهما الصحة والآخر الفساد ، وكان الفساد الذي ادعاه جارياً بين الناس ، فالمشهور . أن القول قول مدعى الصحة ، ومن أصحاب مالك - رضى الله عنه - من يقول : القول قول مدعى الفساد . والقائلون : بمراعاة العرف الفاسد ينظرون إلى أن المعنى الذي اقتضى جعل القول لمدعى الصحة فيما إذا جرى العرف على الصحة حاصل في العرف الفاسد وهو غلبة معنى على الناس يقتضى غلبة الظن بصدق من اقترن هذا المعنى بدعواه ، (١) اهـ .

أى أن من اقترن بدعواه الصحة العرف الصحيح غلب على الظن صحة المعاملة التي وقعت بينهما ، ومن اقترن بدعواه الفساد العرف الفاسد غلب على الظن فساد المعاملة التي وقعت بينهما فيحكم بفسادها كما يحكم في الأول بصحتها .

وقد تقدم أن المالكية اشترطوا في تقديم القول الضعيف في المذهب الذي جرى به العمل على المشهور عندهم كون العاملين به أهلاً للاقتداء بهم ، وإلا فلا اعتبار بما سار عليه من ليسوا أهلاً للاقتداء بهم بحال من الأحوال . قال الزركشى (٢) :

« كان عبد الله بن الحسين - رضى الله عنه - يسكن من الجلوس على ربيعة - رضى الله عنه - فتذاكر يوماً فقال رجل ليس العمل هذا فقال عبد الله : أرأيت إن كثر الجهال حتى يكونوا هم الحكام أفهم الحجة على الناس ؟ قال ربيعة : أشهد أن هذا كلام لا يقوله إلا الأنبياء عليهم السلام ، اهـ .

(١) رسائل الإصلاح للشيخ محمد الحضر حسين شيخ الأزهر السابق ج ٣ ص ٤٨  
(٢) البحر المحیط للزركشى مخطوط ورقة ١٤٦ ، وعبد الله بن هو عبد الله بن الحسين الحسين ابن هلى بن أبى طالب - رضى الله عنهم ، وربيعة هو ربيعة بن عبد الرحمن من شيوخ الامام مالك - رضى الله عن الجميع .

## الباب الثالث

### في اعتبار العرف في التشريع

ويشمل الآتي :

١ - معنى اعتبار العرف في التشريع .

٢ - أدلة اعتبار العرف في التشريع .

( ١ ) الكتاب الكريم

( ٢ ) السنة المطهرة

( ٣ ) الإجماع

٣ - شروط العرف المعتبر في التشريع :

( ١ ) أن يكون العرف مطرداً أو غالباً .

( ٢ ) أن يكون العرف عاماً ونازع فيه بعض الفقهاء .

( ٣ ) أن لا يخالف العرف نصاً شرعياً من الكتاب أو السنة .

( ٤ ) أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه .

( ٥ ) أن يكون العرف قائماً عند إتمام التصرف .

( ٤ ) نتيجة الشروط المتقدمة أن يصبح العرف ملزماً .



## ١ - معنى اعتبار العرف في التشريع

الكلام في معنى اعتبار العرف والاعتداد به في ترتيب الحكم على الوجه الآتي :

أولاً - للأعراف والعوائد أثر كبير في شرح النصوص وتفسير النظم الفقهية فلا غنى المشرع عن مراعاتها واعتبارها ، وقد عني بها واضعو القوانين قديماً وحديثاً ، فأساس القانون الروماني عادات جرت في مدينة روما ، وأساس القانون الإنجليزي عادات السكسون والنورمان الذين فتحوا بلاد الإنجليز واستمرت هذه العادات متعارفة بينهم ، وخضعوا لها في شئون حياتهم ، وكانت المحاكم تقر قواعد العرف وتطبقه تطبيقاً مستفيضاً . وكذلك القانون الفرنسي القديم (عرف) ينظم الروابط الاجتماعية وامتزج القانون الروماني بهذه العادات بعد الفتح الروماني ، ثم وجد قانون السكسنية ، وبقيت قواعد العرف تنمو وتطرد مع الزمن حتى انقسمت فرنسا إلى قسمين : القسم الشمالي يطبق العرف ، والقسم الجنوبي يطبق القانون الروماني وفي العصر الحديث جمعت قواعد العرف وقام إلى جانبها التشريع كمصدر رسمي حتى سيطر التشريع بعد ذلك (١) .

ثانياً : لم تغض الشريعة الإسلامية النظر عن العرف بل جعلت رعايته أصلاً من أصولها العامة واعتبرت في بناء الأحكام والفتوى عليه ، كالدية على العاقلة وبعض المعاملات الصحيحة التي كانت سائدة في الجاهلية كالقراض والسلم وغيره ، وإن قيدت هذه العقود بشروط خاصة .

---

(١) أصول القانون لسنهوري وأبو سبئ ص ٨٦ وتاريخ الفرائع لملي بدوي ص ١٩ وما بعدها .



هذا وينقسم العرف من حيث اعتباره والاعتداد به في التشريع الإسلامي إلى ثلاثة أقسام :

١ - ما قام الدليل الخاص على اعتباره كمرعاة الكفاية في النكاح فهذا يجب اعتباره (١) .

٢ - ما قام الدليل على نفيه كمادة أهل الجاهلية في التبرج واطوافهم بالبيت عراء والجمع بين الاختين وأن يرث أكبر الأبناء دون غيره ، وغير ذلك فلا يعتبر .

٣ - ما لم يحم الدليل الخاص على اعتباره أو نفيه وهذا موضع نظر المجتهدين ، وقد ذهب الفقهاء إلى مراعاته واعتباره وشوا عليه كثير من الأحكام والفتاوى ولم ينكر ذلك أحد منهم .  
وقد ذكر ابن حجر في فتح الباري (٢) :

أن الشافعية إنما أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعي أو لم يرشد النص الشرعي إليه وذلك رداً على العرطي حيث قال :  
« إن الشافعية أنكروا العمل بالعرف خطأ وعملوا به معي » ،  
وعلى ذلك فصلة العرف بالشرعية على وجهين :

(١) أن يغلب على الناس أمر فيقرره الشرع ويقضى به عند الاختلاف ، ومثاله ما ذكر من وضع اليد على المعاقلة ومراعاة الكفاية في الزواج ، والشرعية لا تأخذ بالعرف أو تجعله قانوناً ملزماً كما يقول

(١) أهم ما يعتبر في الكفاية : الدين والصلاح .

(٢) ج ٩ ص ٤٢٠ ، ومراجع تسكئة المجموع شرح المذهب ج ١٠ ص ٢٨٨ ، ٢٨٩ .

علماء القانون : لا إذا كان العرف صالحاً للأخذ به وإعتباره بحيث لا يتنافى والشرعة فإذا تنافى معها فهو غير معتبر ويردود لأنه يكون عرفاً فاسداً .

(١) أن يغلب على الناس نوع من المعاملة أو معنى من المعاني فيراعيه الشارع في تفصيل حكم الوقائع التي تحدث بينهم حتى إذا تبدل بعرف طارىء كان على الفقيه مراعاة للعرف الطارىء في بناء الأحكام . وقد تقدم أن النظر في الوقائع يتجدد بتجدد العرف .

ومثال هذا : أن يجري العرف في سلعة من السلع بدفع ثمنها نقداً فإذا اشترى شيئاً من هذه السلعة ووقع في حيازته ثم ادعى البائع أنه لم يقبض الثمن وادعى المشتري أنه أعطاه الثمن حسب العرف الجاري . . . ، فعلى الأصل في اعتبار العرف في هذا المثال هو جعل القول : قول المشتري مع اليقين متى عجز البائع عن إقامة البينة ، فالحكم الذي يبنى على العرف في هذا المثال : هو جعل للقول للمشتري حيث جرى العرف بما يقول وصدقه في دعواه ، إلى أن يقيم البائع البينة على أنه لم يقبض الثمن .

وسماني ، أن الدليل قام من الكتاب والسنة والإجماع على اعتبار العرف وأنه يرجع إلى المصلحة الراجعة إلى كليات الشريعة .

ولذا يكون معنى اعتبار العرف والاعتداد به ، هو مراعاته والأخذ به في بناء الأحكام ويكون دليلاً على مشروعية الحكم ظاهراً ، والدليل في الحقيقة هو ما رجع إليه العرف في اعتباره للأخذ به .

وقد أخذ الفقهاء من مجموع الأدلة التي قامت على اعتبار العرف في التشريع الإسلامي قاعدة فقهية كلية وفرعوا عليها أحكاماً كثيرة

للأعراف الثابتة والمتغيرة على مر الزمان واختلاف المكان . وجاء في هذا قولهم : العادة محكمة ، ود العرف معتبر ، .

وبعقبون على ذلك بقولهم : د والأصل في هذه القاعدة قوله تعالى : « نخذ العفو وأمر بالعرف » وغيرها من الآيات ( التي سيأتي الحديث عنها عند بيان أدلة اعتبار العرف ) وكذلك قول النبي — صلى الله عليه وسلم — « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » ، وغيره من الأحاديث والسنة التقريرية والفعلية . .

وذكر البخاري باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفونه بينهم في البيوع والإجارة والمكيل والموزون وسنتهم ونهاتهم ومذاهبهم المشهورة .

قال ابن حجر في فتح الباري في تعليقه في هذه الترجمة التي ذكرها البخاري :

وقال ابن المنير وغيره أن المقصود بهذه الترجمة هو الاعتماد على العرف وأنه يقضى به على ظواهر الألفاظ . ولو أن رجلاً وكل رجلاً في بيع سلعة فباعها بغير النقد الذي عرف الناس لم يحز وكذا لو باع مكبلاً أو موزوناً بغير الكيل والوزن لم يحز ، اهـ (١) .

وذكر الشهاب القسطلاني عقب هذه الترجمة للبخاري :

د أن العرف يعمل به فيما ليس فيه نص من الشارع ، اهـ .

وفد ذكر الفقهاء أن اعتبار العرف والعادة رجع إليه كثير من

مسائل الفقه لا تعد البكرتها وبنوا عليه أحكام الوقائع التي اقتضت أحكاماً شرعية نظراً لتبدل الأعراف والمصالح وحاجات الناس التي تختلف من عصر إلى عصر ومن بلد إلى آخر ، ولذا جاءت قواعد الفريعة الإسلامية وكلياتها عامة مطلقة عن التفصيل والبيان حتى يمكن تطبيقها مهما اختلفت الظروف والأحوال ، ووكّل المعارع إلى الفقهاء تفصيل هذه الأحكام حسبما تقتضيه الظروف والأعراف المتجددة المتغيرة مع التغير في ذلك بمقاصد الفريعة التي تعمل على تحقيق مصالح الناس في الدنيا والآخرة بلا عنف ولا إرهاب .

قال السيوطي في الأشباه والنظائر (١) :

« إن اعتبار العادة والعرف في الشرع رجع إليه في الفقه مسائل لا تعد كثيرة ، .

وقال ابن نجيم في أشباهه (٢) :

« إن اعتبار العادة والعرف رجع في الفقه مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً ، فقالوا : في باب ما نترك به الحقيقة : نترك بدلالة الاستعمال والعادة ، اهـ .

ونال في البحر الرائق : « والأحكام تنبئ على العرف فيعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عرف أهله ، .

وقد قال فتناء الحنفية إن العرف يرجع إلى الإجماع العمل وقد موه على القياس فقد جاء في المستصفي للزبيدي قوله :

والأصول الثلاثة للكتاب، ويتلوهما شرع من قبلنا، وكلمته يلقبها  
الأنار والإجماع، ويتلوهما العمل، والقياس أصل رابع، ويتلوهما التعرض  
والاستصحاب. (١) حاله (١) هـ.

وفي كبر القرافي (٢) :

« إن أدلة الأحكام ثلاثة عشر، وخدتها العرف، وقال : وأما العرف  
فمقتول بين الملأ أرباب، ومن استقرأها وجزم به من دون ذلك، الله .

وذكر القاضي حسين من فقهاء الشافعية : « أن قاعدة العادة محكمة  
إحدى القواعد الخمس التي يرد إليها الفقه . »

والقاضي العطار يفتي بحاشيته على مجمع الجوامع، العلامة المحكمة على حكمها  
للشرع فيعمل بها شرعاً فهي كالحكم، (٣).

وقال صاحب « مرآة المجلة »، في المادة (١٩٦) من المجلد، يعني أن  
العادة عامة، كأنها أو خاصة، يجهل حجة لاثبات حكم شرعي .

والقاضي الذي جعل حجة لإثبات حكم شرعي أو علة أو منطلة للحكم،  
قال الفقهاء : برعائه في القضاء والفتوى وليس لفقهاء أن يفتي ولا يفتي  
أن يفتي، بل يفتي به العرف المخالف للجهل من أصول الشريعة، إلا إذا  
دعت الضرورة إلى ذلك فيكون الحكم مبني على مراعاة الضرورة  
ويدخل في نطاق الرخصة التي يقررها الفقيه على سبيل الاجتهاد (والضرورة  
تقدر بقدرها) (هذهان كالمعتمد أن ينظر في أعرف الناس ومقاماتهم المخالفة

(١) المستصفى للفن في مخطوطات ورقة .

(٢) شرح التنقيح ص ١٨٩

(٣) العطار على جميع الجوامع ج ٢ ص ٢٩٧ (١)

الأصل من الأصول الشرعية فإذا وجدها ناشئة عن ضرورة وإسنادها من أصل المنع كانت الضرورة غلة استثنائها .

أما إذا كانت ناشئة عن جهالة أو هوى غالب فعلى الفقيه الإفتاء بفسادها وأن يبين للناس وجه المعاملة الصحيحة ولا يصح جمل ما جرى به العرف الفاسد أمراً مشروعاً .

ولذا قال الفقهاء : إن العرف الفاسد لا يعتبر ولا تبني عليه الأحكام ، وإنما تبني على العرف الصحيح دون الفاسد — كما سلف — ونحن من أفرق بين من ألفاظ التصرفات فإنه يحمل على الماهية الشرعية الصحيحة ولا يحمل على غيرها (١) .

وقد جاءت النصوص الشرعية في كثير من الأحكام مطلقة وتركزت التفصيل فيها للعرف ولجتهاد الفقهاء تبعاً لتغير الظروف والأحوال والأماكن والأزمان . ومن الأمثلة على ذلك ( وجوب النفقة على الزوج ) الذي أذكره هنا كثال بوضع ما ذكر ، كما سيأتي أمثلة كثيرة ومتعددة لذلك في ثنايا البحث وبخاصة في ( الباب الخامس ) .

### العرف ووجوب النفقة على الزوج

في تقدير النفقة جاء قوله تعالى ولينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما أطاق . يجعل الله بعد عشر يسراً (٢) .

(١) يراجع قواعد الأحكام ج ٢ ص ٨٧ والعرف الذي تحمل عليه الألفاظ فيما يأتي وما تقدم في تاسيم العرف .

(٢) سورة الطلاق ٧

فقد فرض الله تعالى وجوب النفقة والكسوة وترك التفصيل في ذلك لحالة الرجل في عمره ويساره ، ومقدار الكفاية في النفقة على اعتبار حال الزوج فإذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف أمثالها لم تعط وكذلك إذا قصر الزوج على مقدار النفقة المعتادة أمثلها في العرف والعادة لم يحل له ذلك وأجبر على نفقة مثليها ، (١) .

قال ابن قدامة في المغنى (٢) :

« والصحيح ما ذكرناه من رد الحقوق المطلقة في الشرع إلى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم في حق المومر والميسر والمتوسط كما رددناهم في الكسوة إلى ذلك ، .

وما قاله ابن قدامة قاله غيره من المالكية والحنفية والشافعية : في رد الأحكام المطلقة في الشريعة إلى العرف ومن ذلك القدر الواجب في النفقة .

جاء في شرح التقرير لابن الجلاب من المالكية في باب النفقة قوله (٣) :

« إذا خاصمت المرأة زوجها في النفقة ولم ترضى بنفقة عليها ورفع حرمها إلى الحاكم فرض لها عليه نفقة على قدر حاله من حالها فقدر لها طعامها وإدامها وكسوتها ونفقة خادمها إن كان ممن يخدم مثلها وأجرة مسكنها وجميع مؤنتها والأصل في ذلك قوله تعالى « وعاشروهم بالمعروف » ومنه النفقة وقوله

(١) أحكام القرآن للجصاص

(٢) ج ٦ ص ١٣٣

(٣) شرح التقرير ( مخطوط ) ج ٣ ورقة (٩)

وراجع الدسوقي على الشرح الكبير والبهجة شرح النفقة ج ١ ص ٤٢٤

تعالى ، ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ، . واستبدل الأهرى على ذلك بقوله تعالى ، والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تضار والدة ولدها ولا مولود له بولده ، فألزم الله سبحانه وتعالى الأزواج أن ينفقوا على أزواجهم ما بهن إليه حاجة في القوت وما يتبعه من الإدام والكسوة على قدر حاجتهن وكفايتهن وحالهن من حال الزوج . على ما قد جرى من عرف الناس في البلد الذي هم فيه من مثلهم بقدر كفايتهم وعلى قدر اجتهاد الحاكم في ذلك فيفرض لها من القوت والإدام والكسوة بقدر حاجتها إلى ذلك فبلى الحاكم أن يفعل ما هو صلاح للزوجة والزوج ، ولا يفعل ما هو ضرر على واحد منهما وهو أن يكلف الزوج ما لا يقدر عليه أو ينقص الزوجة عما تحتاج إليه فهذا هو الأصل في اعتبار مقدار نفقة الزوجة وفرضها على الزوج ، يرجع في ذلك في كل بلد إلى ما يعرفونه ، اهـ .

وقال أبو بكر بن العربي في أحكام القرآن - مستدلاً على تحكيم العرف في مقدار النفقة في قوله تعالى ، لينفق ذو سعة من سعته ، المسألة الرابعة : في تقدير الانفاق قد بينا : أنه ليس له تقدير شرعي وإنما أحاله الله تعالى على العادة وهي دليل أصولي بنى الله تعالى عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام وقد أحاله الله تعالى على العادة فيه في الكفارة قال : فإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم ، .

وقد قال ابن العربي في قوله تعالى ، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، يعني على قدر حال الأب من السعة والضيق كما قال تعالى في سورة الطلاق ، لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ،



وجعل على العرف والعادة في مثل ذلك العمل ، ولولا أنه معروف ما أدخله  
لغة تعالى في المعروف (١) ٥١ .

وقال أبو بكر الرازي ( الجصاص ) في قوله تعالى : وعلى المولود له  
رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، وفي هذه الآية دلالة على تسوية اجتهاد  
الرأى في أحكام الحوادث إذ لا يتوصل إلى تقدير النفقة بالمعروف إلا من  
جهة غالب الظن ، وأكثر الرأى إذا كان ذلك معتبراً بالعادة ، وكل ما كان  
مبنياً على العادة فسيله الاجتهاد وغالب الظن ، إذ ليست العادة مقصورة  
على مقدار واحد ولا زيادة عليه ولا نقصان ، ومن جهة أخرى هو مبنى  
على الاجتهاد وهو اعتبار حاله في إعساره ويساره ومقداره الكفاية  
والإمكان بقوله تعالى : لا تكلف نفس إلا وسعها ، واعتبار الوسع مبنى  
على العادة ، (٢) ٥١ .

وقال الألوسي في تفسيره لهذه الآية : وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن  
بالمعروف ، ( بالمعروف ) أى بلا إسراف ولا تقتير أو حسب ما يراه  
الحاكم وبني به وسعه ( لا تكلف نفس إلا وسعها ) تعليل لإيجاب المؤن  
بالمعروف أو تفسير للمعروف (٣) ٥١ .

فكلما أخذ الفقهاء من الآيتين حكم النفقة ورزقها على الزوج أخذوا  
منها اعتبار العرف في مقدارها واعتبار العرف في التشريع وجعلها واجباً  
للمعسرين الشرعي وكذلك استفيد منها الاجتهاد في الأحكام المتعلقة  
والرجوع فيها إلى العرف .

(١) أحكام القرآن لابن العربي ج ٢ ص ٢٧٠ ، ج ١ ص ٣٠٢

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٠٤

(٣) تفسير الألوسي ج ٢ ص ٢٠٨

وجاء في هذا المصنف ما رواه الجماعة إلا الترمذي عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال لعبد امرأة ابن صفيان لما شكى إليه شيخ زوجها إيمانه : خذي ما يكفينك وولديك بالمعروف ، .

قال ابن حجر في فتح الباري في شرحه لهذا الحديث (١) :

هو استدلال به على أن للمرأة مدخلا في القيام على أولادها وكفالتهم والإعناق عليهم ، وفيه اعتماد العرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قبل الشارع ، وقال القرطبي : فيه اعتبار العرف في الشرعيات ، اهـ .

وعلى ذلك فيكون المراد بالمعروف ما يكفيها وأولادها من القوت والملابس مع رعاية حال الزوج والبلد الذي هم فيه ، وكذلك روى مسلم : أن النبي ﷺ قال في خطبته في حجة الوداع : اذكروا الله في النساء ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، اهـ .

ورد ابن حجر على من قال : إنه يلزم الزوج من النفقة كذا أو من النياب كذا : الصحيح أنه لا يحمل أهل البلدان على نكاح واحد ، وأن على أهل كل بلد ما يجري به عادتهم بقدر ما يطيقه الزوج على قدر الكفاية لها وعلى قفو يسره وعسره .

وكذلك قال الأحمي من المالكية : ردأ على من قال بفرض كذا أو كذا : وأرى أن يفرض في كل بلد الوسط من الشيع إلا أن يعجز عن ذلك وإيس المومر كالمعسر ولا الشدة كالرخاء ، (٢) اهـ .

وقال صاحب البحر الزخار من الزيدية في كتاب النفقات (٣) :

(٢) يراجع شرح التفسير ج ٣ ورقة ١٩

(١) ج ٩ ص ٤٢٠ - ٤٢٣

(٣) البحر الزخار ج ٣ ص ٢٧١

الأصل فيها قوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ، لينفق ذو سعة من سعته . وقوله عَلَيْهِمَا لهند بنت عتبة « خذى ما يكسبك » ولذلك بالمعروف . « والواجب للزوجة ستة أشياء طعام وإدام وخادم وكسوة وتنظيف وسكنى ( فرع ) فالطعام غالب قوت البلد من تمر أو بر أو شعير أو ذرة أو أرز لقوله تعالى « بالمعروف » . . . . . ويعتبر في الطفلة بعادة أهلها وفي الكبيرة بعاداتها عند العقد ويكسوها المعتاد في الناحية لقوله تعالى « وكسوتهن بالمعروف » .

وقال المالكية في الكسوة القميص والوفاية والقناع ، وهي في الجودة والهدانة على قدرهما ويسار الزوج وإعساره ويزاد في الشتاء ما يدفع البرد ، وقال ابن القاسم ولا يفرض لها خزولا حرير وإن كان متصفاً ، واختلف في ثياب خروجها ، وكذلك يفرض لها فراش ووسادة ولحاف ويزاد في الشتاء ما يدفع البرد ، وقال ابن القاسم : والسرير إن احتاجت إليه ، وكذلك قالوا لها أدوات التنظيف وإن كانت مما يخدم مثاماً فعليه نفقة خادم ، إلا إذا كان الزوج معسراً لم يكن عليه لإخدامها وإن كانت ذات شرف وكل ذلك بحسب العرف والعادة (١) .

وأخيراً فإن النصوص التي تقدمت من الكتاب والسنة جاءت بحكم النفقة على الزوج حكماً مطلقاً يرجع في بيانه إلى العرف بحسب الوقائع والحوادث مشروطاً بالآثار الزوجية أو الزوج في ذلك وعلى هذا جمهور الفقهاء وفيه دليل على اعتبار العرف في التشريع .

### تحكيم العرف في الوقائع :

بعد هذا الذي تقدم من معنى اعتبار العرف في التشريع أقول :

(١) إرجاع شرح التفريع والدسوقي على الفرح الكبير والبهجة شرح النفقة فيها ذكر .

إن الفقهاء قد أخذوا من ذلك وغيره بتحكيم العرف في الوقائع وأبين ذلك بقى من التفصيل :

قد سلف : أن صلة العرف بالتشريعة على وجهين ( الأول ) أن يغلب على الناس أمر فيقرره الشرع ويقتضى به عند الاختلاف .. ( والوجه الثاني ) أن يغلب على الناس معنى من المعاني فيزاعيه الشارع بتفصيل الأحكام عليه ، وينزل منزلة صريح الأقوال ، وذلك لأن ما اعتاده الناس فيما بينهم يدل على أنه المقصود من التصرفات التي يقومون بها فللعرف قوة اللفظ في الدلالة على المقصود ، ومن ذلك زيادة على ما تقدم من الأمثلة .

دخول الأماكن العامة كالمساجد والمرافق العامة إذا ما فتحت أبوابها فإن ذلك كالإذن في دخولها وتأجير الدور بلا بيان ما يعمل فيها فإنه كالتصريح بالسكنى وكذلك في الحوائث فإنه تصريح باستغلالها فيما تصلح له وتستعمل فيه عرفاً (١) .

والبيع بالمعاطاة فإنه كالتصريح بالإيجاب والقبول حيث دل على الرضا من الجانبين فهو كالتصريح بالالتزام من البائع بالسلمة والمشتري بدفع الثمن وذلك في الخسيس والتفيس على الأصح عند المالكية والحنفية . أما الدافعية فقد صحح النووي في المجموع ( أن البيع بالمعاطاة يجوز فيما بعد بيعاً .. واستدل على ذلك يقول الإمام مالك رضي الله عنه وكل ما عده الناس بيعاً فهو بيع ، (٢) .

(١) يراجع قواعد الأحكام ج ٢ ص ١٢٢ وأعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٩٣ الطبعة الثانية ووساة العرف والعادة للشيخ أبي سنة ص ٥٠ ، ٥١ .

(٢) المجموع للنووي ج ٩ ص ١٩٦ .

ويقول القرافي في الأحكام (٢١):

«وجميع أبواب الفقه المحمولة على المرائد إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكام في تلك الأبواب وكذلك دعاوى إذا كان العرف قول من يادعى شيئاً لأنه العادة ثم تغيرت العادة لم يبق القول قول مدعيه بل انعكس الحال فيه ولا يشترط تغيير العادة ، بل لو خرجنا من تلك البلد إلى بلد آخر عواندنا على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه ، وكذلك إذا قدم علينا أحسن بلد عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه لم نقتضه إلا بإعادته دون عادة بلدنا» .

وهذا الذي ذكره القرافي يدل على مدى تحكم العرف في الواقع وأما يقصده الناس من أقوالهم وأفعالهم في الإيمان والمعاملات وجميع التصرفات ويخصص العام من أفعالهم ويقتد مطلقاً . قال صاحب تبليغ الأمانة (٢٢):

ومن جواب مفتي تونس أبي إسحق إبراهيم الرياحي المالكي : وأما استنادك للعرف واستدلالك بكلام القرافي فهو صحيح لأن كلام القرافي وغيره في عرف يخص العام ويقتد المطلق كما في باب البيع وعرف أحد المتداهين ، ونحو ذلك ، وأما عرف يطل التراجع ويبيح المحرم فلا يقول به أحد من أهل الإسلام وفي الأجوبة التناصيرية (أن جريان العادة بأمر في قطر ليس بمبيح ما دلت قواعد الشرع على منعه) .

فكلام الفقهاء عموماً في العرف المحكم في الوقائع هو العرف الصحيح الذي تقره الشريعة ولذا أجروه في مواضع كثيرة وقالوا العرف كالشرط

(١) من ٦٨ .

(٢) من ١٠ - ١٥ .

(١) من ٦٨ .

(٢) من ١٠ - ١٥ .

والثابت بالعرف كالثابت بالمتنص كما قال ابن القيم ، وقد أجرى العرف مجرى النطق في أكثر من مائة موضع ، وذكر لذلك أمثلة كثيرة .

وقال العزيز بن عبد السلام (١) :

« فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العام وتقييد المطلق وغيرهما ، وذكر لذلك ثلاثة وعشرين مثالا وقال أيضاً :

« فصل في الحمل على الغالب والأغلب في العادات ولذلك أمثلة ، .

ثم قال : « وما يحمل على غالب التصرف تصرف الوكيل والمضارب والوصى والولى العام والخاص إذا اشتروا شيئاً بشمن مثله مما يصح شراؤه لأنفسهم وللولى عليهم فإنه يقع لهم لأن الغالب من تصرفاتهم التصرف لأنفسهم فتصرف عليهم ، اهـ .

وقد قال الفقهاء : إن التصرف في ملك الغير بغير إذنه ممنوع إلا إذا جرى العرف بذلك لتحقيق مصلحة أو دفع مفسدة . . ومثال ذلك : من رأى شاة غيره تموت فذبها حفظاً لما أليتها عليه كان ذلك أولى من تركها تذهب ضياعاً ، اعتماداً على الإذن العرفي في التصرف في مثل هذه الأمور .

قال ابن القيم بعد أن ذكر هذا المثال : وإن كان من جامدى الفقهاء من يمنع ذلك ويقول هذا تصرف في ملك الغير ولم يعلم هذا اليابس : أن التصرف في ملك الغير إنما حرمه الله تعالى لما فيه من الإضرار به وترك التصرف بهما هو الإضرار ، (٢) .

(١) قواعد الأحكام ج ٢ ص ١٢٦ ، ١٤٠

(٢) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٩٤

ومن ذلك من رأى حريقاً في دار غيره فإن له أن يدخل بغير إذنه ويتصرف بما يكون وسيلة لإنقاذ النيران وحفظ ملك غيره من التلف .

هذا فيما يتعلق بالإعتداد بالعرف العملي واعتباره في التشريع وتحكيمه في الوقائع التي تحتاج إلى حكم شرعي . . وهذا الاعتداد بالعرف واعتباره سار بالتشريع الإسلامي في كل مجال من مجالات الحياة عاملاً على تحقيق مصالح الناس بلا توقف أو جمود .

وليس ذلك في العرف العملي فقط بل في العرف القولي أيضاً فقد اعتبر في التشريع أقوال الناس التي تدور عليها تصرفاتهم وحمل كل تصرف على عرف الناس في مخاطباتهم وجرت الفتاوى والأحكام على حسب ما يدل عليه اللفظ عرفاً وكما تقدم في العرف القولي .

وبما يزيد من معنى اعتبار العرف القولي في بناء الأحكام اتفاق الفقهاء على التخصيص والتقييد به لا انصراف اللفظ إلى المعنى الذي تعارف عليه الناس وتبادر إلى الفهم عند النطق باللفظ .

وبعد هذا البيان لمعنى اعتبار ومراعاته في الشريعة فقد جاء في أقوال الفقهاء عبارات في هذا الصدد جرت مجرى المبادئ والقواعد السكينة لا بد من ذكرها هنا وإن كان بعضها قد مر فيها تقدم ، فقد قالوا :

والعادة محكمة ، ، ود العادة كالشرط ، ، ود المعروف عرفاً كالشرط شرطاً ، ، ود التعيين بالعرف كالتعيين بالنص ، ، ود ترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة ، ، ود العرف في الشرع له اعتبار ، ، ود استعمال الناس حجة يجب العمل به ، (١) .

وقولهم في بعض الأبواب والأحكام : « التعويل في هذا الباب على  
العرف والعادة » ، « و« المدرك في هذا الحكم هو العرف » ، « و« أن مقتضى  
الفتوى في كذا العرف والعادة » ، « و« أن كذا أجزى على خلاف القياس  
للعرف أو لجريان العمل به » ، كما قال الفقهاء : « إن في نزاع الناس عن  
عادتهم حرجاً ومشقة » .

وأخيراً فإن اعتبار العرف في التشريع ضروري ويجب على الفقهاء  
مراعاته حيث اعتبره الشرع ورتب عليه كثيراً من الأحكام الشرعية  
وذلك لأن الشريعة تعمل على تحقيق مصالح الإنسان والمصالح دائمة وهي  
عادة من العادات وقد اعتبر الشارع المصلحة التي تنفق ومقاصد الشريعة  
( وهذا هو معنى اعتبار العرف والعادة سواء فهم عليها الشارع وأقرها  
أو حدثت تبعاً للحاجة والضرورة ) فلو لم يعتبر العرف لأدى ذلك إلى حرج  
ومشقة بالغة والله تبارك وتعالى يقول : « ما جعل عليكم في الدين من حرج » ،  
وقد خلق الله تعالى الإنسان ويعلم ما يصلح له وما لا يصلح حتى تقوم حياته  
على أكمل نظام ويتحقق له ما يجعله يسير في حياته بلا حرج ولا مشقة  
وهذا لا يتم إذا كان في التكاليف الشرعية خروج عن الإنسان عن عادته  
المطردة التي تتبع فطرته وغرائزه ، والتي لا يستطيع الحيالة بدونها أمثل  
الأكل والشرب وما يحتاج إليه في تعامله مع أفراد المجتمع مما لا بد منه ،  
ولذا كان اعتبار العرف في التشريع لا بد منه كذلك .  
يقول الإمام الشاطبي في الموافقات (١) :

« العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً كانت شرعية أم أصلاً »

(١) إرجاع الموافقات الشاطبي ج ٢ ص ٢٨٦ وما بعدها .



أو غير شرعية أى سواء كانت مقررة بالدليل شرعاً أمراً أو نهياً أو إذا  
أم لا ، أما المقررة بالدليل فأمرها ظاهر وأما المقررة بغير الدليل فلا  
يستقيم إقامة التكليف إلا بذلك .

... ثم قال : لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح إزم القطع  
بأنه لا بد من اعتبار العوائد لأنه إذا كان التشريع على وزن واحد دل  
على جريان المصالح على ذلك لأن أصل التشريع سبب المصالح والتشريع  
دائم فالمصالح كذلك وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع .

ثم ذكر الإمام الشاطبي أنه يجب اعتبار العوائد وإن تخلفت في بعض  
الجزئيات فإن ذلك لا يقدح في اعتبارها لأن العبرة للغالب الشائع لا للقليل  
النادر .

### قال الإمام الشاطبي :

« وإذا كانت العوائد معتبرة شرطاً فلا يقدح في اعتبارها انخراطها  
ما بقيت عادة على الجملة ومعنى انخراطها أنها تزول بالنسبة إلى جزئى فينقلبها  
في الموضوع حالة إما من حالات الإعذار المعتادة في الناهى أو من غير ذلك ،  
فإن كانت منخرقة بعذر فالموضع للرخصة ... وإما إلى عادة أخرى  
بحسب الوضع العادى كما فى البائل من جرح صاراً معتاداً فهذا راجع إلى  
حكم العادة لا إلى حكم الترخيص .. وإن انخرقت إلى عادة لا تخرم العادة  
الأولى فظاهر أيضاً اعتبارها لكن لا على وجه راجع إلى باب الترخيص  
كالمرض المعتاد والسفر المعتاد بالنسبة إلى جمع الصلاتين والفطر والقصر  
ونحو ذلك » .

هذا هو ما ذكره الإمام الشاطبي كضابط لاعتبار العوائد وإن  
انخرقت ، وما مثل له من العوائد التى ترجع إلى طبيعة الإنسان وفطرته ..

وهذا يتمشى مع العادة التي تجرى بين الناس في معاملاتهم المدنية بمعنى أنه إذا جرت عادة من العادات في نوع من التعامل ثم تركها بعض الناس مرة أو تركها البعض جملة فإن ما تركت إليه إذا استمر يعتبر عرفاً جديداً فينبع وإذا لم يستمر فلا اعتبار له لأن الفقهاء قالوا : العبرة للأغالب الشائع لا للأقليل النادر (١) .

### اعتبار العرف عند علماء القانون :

قد اعتبر علماء القانون الوضعى العرف قانوناً ملزماً كما اعتبروه مفسراً للنصوص القانونية وقالوا : إن العرف والعادة يحددان نطاق بعض الحقوق كحقوق الملكية والجوار والارتفاق كما أن العادة تساعد في معرفة ما يعتبر من أعمال الفساح الذى لا يكسب حقاً وما لا يعتبر وكذلك يرجع إليها في تفسير عقود الأفراد وتكملتها إذا ظهر من ظروف التعاقد أن العاقدين قصداً الأخذ بها .

يقول الأستاذ السهورى وأبو سميث في أصول القانون :

ويمكن اعتبار العرف قانوناً لسببين :

الاول : لانه يعبر تعبيراً صحيحاً عن إدارة الجماعة .

الثانى : لأن التعامل قد استقر على اتباعه فوجبت مراعاته حفظاً لاستقرار المعاملات فضلاً عن أنه يجب أن لا يخالف التشريع ولا النظام العام أو الآداب . ١٠ هـ

هذا وقد اعترف القانون المدنى المصرى بالعرف كمصدر رسمى من

(١) راجع شروط اعتبار العرف فيما يأتى :

مصادر القانون في مادته الأولى التي تجعل القاضي أولاً إلى توضيح التشريع في الفقرة الأولى ، وفي الفقرة الثانية : تعدد المصادر الأخرى التي يلتمس فيها القاضي القواعد القانونية إن أعوزه النص ونجمل العرف في مقدمة هذه المصادر حيث تقول : فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف .

فالعرف مصدر من مصادر القانون الوضحي يلجأ إليه القاضي في حالة نقص التشريع وفي ذلك تقول المذكرة التمهيدية للقانون المدني :

الواقع أن العرف هو المصدر الذي يلجأ إليه القاضي في المراتب من الواجب أن يلجأ إليه القاضي مباشرة إن افتقد النص ، وذلك لأن العرف يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلة للفطن لت تنظيم المعاملات ومقومات المعايير والعرف له اعتبار في فروع القانون المختلفة (١) .

أدرك اعتبار العرف في التشريع :

١ - الكتاب الكريم .

٢ - السنة الشريفة .

٣ - الاجماع .

أما الاستدلال من الكتاب الكريم فبالآتي :

١ - قوله تعالى في سورة الأعراف دخذ العفو وأمر بالعرف وأعرض

عن الجاهلین .

(١) يراجع في ذلك أصول القانون للسنهوري وأبو سنييت ١٩٢ ، ٢٥٠ والمذكرة للقانون الدكتور حسن كبره من ٢٢٠ والمادة الأولى من القانون المدني والمذكرة التمهيد للقانون المدني والوسيط طرح القانون المدني للاستفتاء السنهوري في المادة الأولى .

٢ - قوله تعالى في سورة البقرة : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها » .

٣ - قوله تعالى في سورة الطلاق : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها » .

٤ - قوله تعالى في سورة النساء : « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين فوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيراً » .

بيان وجه الاستدلال بهذه الآيات :

أما الآية الأولى « خذ العفو وأمر بالعرف » فقد استدل بها بعض الفقهاء على اعتبار العرف في التشريع ، وقال القرافي في الفروق .. في حديثه عن اختلاف الزوجين في متاع البيت « أن القول لمن شهدت له العادة » لنا قوله تعالى « خذ العفو وأمر بالعرف » ، فكل ما شهدت به العادة قضى به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بيئة اه (١) .

واستدل بها علماء الدين الطرابلسي « في معين الحكام » ، فقال :

( الباب الثامن والعشرون في القضاء بالعرف والعادة ) قال الله تعالى : « خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلین » والعادة غلبة معنى من الممانى على جميع البلاد أو بعضها ، اه (٢) .

وقال صاحب : بلوغ السؤل وحصول المأمول ، (٣) :

والأصل في تحكيم العرف قوله تعالى : « خذ العفو وأمر بالعرف »  
أى ما يعرفه الناس ويعتادونه وقوله تعالى : « ولئن مثل الذى عليهم  
بالمعروف ، أى المعتاد اهـ .

والأخير ان قد تابعا القرافى فى استدلاله بهذه الآية على اعتبار العرف  
فى التشريع وهذا الاستدلال غير مسلم به عند الفقهاء حتى بعض المالكية  
الذين هم على مذهب القرافى . وأذكر وجه الاستدلال وما قاله الفقهاء  
فى ذلك .

إن وجه الاستدلال بالآية كما يفهم من كلام القرافى وغيره مبنى على  
أن المراد بالعرف عادات الناس وأعرافهم التى جرى عليها التعامل  
فما بينهم وأقربهم فى حياتهم ولم ينكر عليهم أو يخالف تضامن نصوص  
الشريعة وهو شامل للأقوال والأفعال وليس مطلق عرف - أى عرف -  
ولو كان فاسداً فذلك لا يعتمد به فى الشريعة فالأعراف الفاسدة والمبتدعة  
تبساً للهموى والشهوة لا تعتبر كما أنها ليست مرادة للعلماء عندما يتحدثون  
عن العرف المعتبر فى التشريع الإسلامى .

ورد هذا الاستدلال : بأن المراد بالعرف المعروف من أعمال البر  
قولا وفعلات الآية سبقت للإرشاد إلى ، كإرم الأخلاق ، وما عدا ذلك  
فقير ظاهر لأن النبى ﷺ كان يحكم بالوحى ، وإن ثبت أن النبى ﷺ  
حكم بالعرف فى النادر فستنده الحقيقى هو الوحى ، كما أن سياق الآية مع  
ما قبلها ولحاقها مع ما بعدها لا يلائمه تفسير العرف بأنه ما جرى بين الناس  
من عادات وأعراف فى أقوالهم ومعاملاتهم .

وهذا فى الحقيقة لا يصلح أن يكون اعتراضاً لأن الآية ان احتمالاته  
فإنه لا يمنع أن نحتمل غيره مما ذكره الفقهاء .

ويذكر بعض الفقهاء أن تفسير القرأني العرف بما تقدم تفسيره ضعيف وليس بقوي لأن المراد بالعرف فيها المعروف ضد المنكر أو ما يدل على الصدقة ومكارم الأخلاق .

يقول صاحب تبليغ الأمانة :

راجعت تفسير ابن جزى فوجدته قال : وأمر بالعرف أى المعروف وهو أفعال الخير وقيل العرف الجارى بين الناس من العوائد واحتج المالكية بذلك على الحكم بالعوائد ، فيظهر لى أنه لالوم على ابن جزى ، لأنه صدر الكلام فى الآية بالقول المعروف فى تفسير العرف على طريق الجزم والتفسير للمراد ، ثم حكى القول الثانى الذى أنكر عليه بقليل المشعرة بضعفه عنده . وفى حكايته القول المذكور بصيغة التضعيف تركب على من ذكر أنه استدل به من المالكية على الحكم بالعوائد ، ونحو ما لابن جزى حكى القول المذكور ( القرأني فى الفروق ) ورد المقرئ ( فى ترتيب الفروق ) بأن الاستدلال بالآية ليس بالقوى من حيث أن الخصم ينازع فى تفسير العرف ويقول ليس المراد ما فهمت . . ووافقه فى الرد أيضاً العلامة الغريانى الطرابلسى ( فى حواشى المدونة ) قائلا : د الاستدلال بالآية ليس بحسن لأن المراد بالعرف فيها المعروف ضد المنكر والمعروف الذى معناه الصدقة والاحسان ، (١) ٥١ .

ومراد القرأني رحمه الله ومن سار سيره على ما تقدم فى وجه الاستدلال هو العرف الجارى بين الناس والذى لم ترده الشريعة ، لأن الفقهاء كما ذكر بنوا الأحكام على العرف الذى اعتبرته الشريعة ولم تلغه لعدم تعارضه معها ، كما أنه لم يقل أحداً من الفقهاء لا القرأني ولا غيره إن معنى العرف فى

الآية : هو ما ذكره دون هواله ، كما أنه لم يمتزج أحد الفقهاء في أن  
الألفاظ الجارية بين الناس وتعارفوها في عقودهم ، ولتطبيقاتهم وأعرافهم  
العملية في البيع والشراء والإجارة وغيرها معتبرة في التشريع ويجب على  
الفقهاء مراعاتها في الفتوى والقضاء وإذا كان هذا هو المراد بتفسيرهم  
للعرف فلا لوم على من قال به .

هذا وقد اختلفت المفسرون في معنى الآية كما اختلف الفقهاء وما  
ذكروه من أقوال فيها ليس الحل على أحدها بأولى من غيرهم ، وقد تقدم  
بعض هذه الأقوال في الباب الأول .  
وذلك لأن كلمة العرف جاءت في الآية مقرونة بالبل ، وهي قيد  
العموم ففسرها الفقهاء بالعرف الذي يتوالت عليه الأحكام ولم يقصروا على  
هذا المعنى الفقهي .

وقد تردد في أقوال المفسرين ما يقرب من هذا المعنى الفقهي وبخاصة  
ما تقدم ذكره عن الفخر الرازي وأبي السعود رضي الله عنهما — في الباب  
الأول .

وقال ابن العربي في أحكام القرآن : قوله تعالى دأمر بالعرف ، فيه  
أربعة أقوال : ( الأول ) : العرف ، المعروف قاله عروة . ( الثاني ) قول  
ولا اله إلا الله . . ( الثالث ) ما يعرف من الدين ( الرابع ) : ما لا ينكره  
الناس من المحاسن التي اتفقت عليها الشرائع . ثم قال : أما العرف فالمراد  
به هنا المعروف من الدين المعلوم من مكارم الأخلاق ومحاسن الأعمال  
المتفق عليها في كل شريعة . . دأمر بالعرف ، تناول جميع المأمورات  
والمنهيات وأنه — أي العرف — ما عرف لحكمه واستقر في الشريعة  
موضعه واتفقت القلوب على عمله (١) اهـ .

وذكر السيوطي في الإكليل في إنباط التنزيل قوله تعالى : وأمر  
بالعرف ، قال ابن القيس : وهذا انقض بكل ما عرفته النفوس والأبدان  
الشرع وهذا أصل القاعدة الشرعية في اعتبار العرف ونحتها مسائل كثيرة  
لا تحصى ، اهـ .

وقال البهري : وأمر بالعرف ، ذكره المعروف ، وهو كل ما يعرفه  
الشرع . اهـ .

ونقل صاحب تبليغ الأمانة عن بعض المفسرين : وأمر بالعرف  
معناه كل ما عرفته النفوس بما لا تردده الشريعة ، اهـ .

ومن مجموع هذه النصوص وغيرها ما ذكره المفسرون والفقهاء ما لا  
يختلف عن قول القرآني وغيره في الاستدلال بالآية على اعتبار العرف في  
التشريع ، وعليه فلا اعتراض الوارد على القرآني ومناقشته لا وجه له .  
لأنه المأني التي ذكرت الآية الكريمة من أفعال الخير ونحوها لا يمتنع من  
أن يدخل تحتها العرف بمعناه الفقهي وبخاصة ما ذكره المفسرون بما يتفق  
والمعنى الفقهي فلا داعي إذن للاعتراض وقصر الآية على معنى تحتل به  
غيره وبذلك تصلح الآية دليلا على اعتبار العرف في التشريع ويؤيد ذلك  
بقية الأدلة الآتية . اهـ .

وقد استدل الفقهاء بالآية الثانية وهي قوله تعالى : وعلى المولود له  
رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، فرباه على ما تقدم في الحديث على « العرف »  
ووجوب النفقة على الزوج ، قال الطبري ويعني بقوله « بالمعروف »  
ما يجب لمنه على مثله إذا كان الله جل ذكره قد علم تفاوت أحوال خلقه  
بما فقره والغنى ، اهـ .



وتفاوت أحوال الناس يقتضى تحكيم العرف في ذلك - كما سلف -  
ويلزم الأزواج بالنفقة على ما جرى به العرف وعلى قدر اجتهد الحكماء  
في ذلك . . وما تقدم عن الجصاص وابن العربي وغيرهما قد فصل ما أجمله  
الطبري هنا .

وهذه الآية أوضح من الآية الأولى في دلالتها على اعتبار العرف في  
التشريع باعتباره في موضوع النفقة وليس هناك محل للاعتراض على معناها  
أو على ما تدل عليه كلمة المعروف فيها .

أما الاستدلال بالآية الثالثة : على اعتبار العرف . وهي قوله تعالى  
« لا نفق ذو سعة من سعته ، فقد مر ما ذكره الفقهاء فيها وقد جاء في عبارة ابن  
العربي التصريح بأنها تدل على اعتبار العرف في التشريع سواء في بيان  
أحكام النفقة أو غيرها حيث قال :

« قد بينا أنه - أي الإنفاق - ليس له تقدير شرعاً وإنما أحاله الله  
سبحانه وتعالى على العادة وهي دليل أصول بنى الله عليه الأحكام وربط به  
الحلال والحرام وقد أحال الله تعالى على العادة فيه في الكفارة فقال تعالى :  
« فأطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم » .

فابن العربي يؤيد ما ذهب إليه في الاستدلال على صحة بناء الأحكام على  
العرف بالآية المذكورة بقوله تعالى في كفارة البمين « فأطعام عشرة  
مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم » ، فالإطعام الواجب في الكفارة  
هو الوسط في الجنس والمقدار مما يطعم منه الأهلون في العادة .

وقال ابن العربي :

« أجمعت الأمة على أن الوسط بمعنى الخيار هنا متروك ، وانفقوا على

أنه المنزلة بين الطريقين ففهم من جعلها معلومة طاعة ومنهم من قدرها كأبي حنيفة ، وإنما حمل على ذلك حديث رواه أبو داود عن عبد الله ابن ثعلبة - رضى الله عنه - قال : « قام فينا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأمر بصدقة الفطر صاع من تمر أو صاع من شعير على كل رأس أو صاع بر بين اثنين ، وبه أخذ سفيان وابن المبارك والذي ثبت في الصحيح صاع من الكحل من طريق ابن عمر وأبي سعيد وذلك كله مشهور . »

ثم قال ابن العربي : إنه رأى الإمام أبي حنيفة - رضى الله عنه - أراد به الوسط من الجنس وذلك باطل بقوله تعالى « ما تطعمون أهلكم ، وإنما يخرج الرجل ما يأكل ، بمعنى أن المكفر يخرج ما يستطيعه في خاصة نفسه على قدر حاله في إعساره ويساره كما ذكره الجصاص وغيره من الحنفية فلم يستطع في خاصة نفسه على قدر حاله لم يكلف أن يعطى غيره سواه ، وأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال « صاعاً من طعام صاعاً من شعير صاعاً من تمر ، يخرج كل أحد فرضة مما يأكل منها وهذا مما لا خفاء فيه . » ونحن نقول : إنه أراد به الجنس والقدر جميعاً وذلك مد بمد النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو العدل من القدر ، ولم يحمل الله سبحانه وتعالى في كفارة اليمين بل قال : « من أوسط ما تطعمون أهلكم ، وقد كان عندهم جنس ما يطعمون وقدره معلوماً (١) . » اهـ

ومثل هذا الذي ذكره ابن العربي - رحمه الله تعالى - من أن الله تعالى أحال بيان الوسط في الكفارة على العرف قد صرح به الجصاص - رحمه

(١) قوله تعالى « ما تطعمون أهلكم »

(١) أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٦٤

الله تعالى - في حديثه عن آية كفارة اليمين . فقال ابن قول الله تعالى  
 « من أوسط ما تطعمون أهليكم » وهو امرتان في اليوم بخداهما وخصاء لأن  
 الأكثر في العادة ثلاث منجعت والأقل واحدة وذلك لأن وسط مؤنثان  
 وروى عن ابن عمر - رضي الله عنه - قال : « أوسط ما تطعمون أهليكم الخبز والتمر والخبز  
 والزيت وخبر ما تطعمون أهليكم الخبز واللحم (١) » .  
 وقال الحنابلة كما ذكر ابن قدامة في المغني وابن تيمية في الفتاوى  
 « أنه يطعم أهل كل بلد من أوسط ما يطعمون أهليهم قدرأ ونوعاً . وهذا  
 هو معنى قول القاضي إسماعيل بن إسحاق ، كان مالك رضي الله عنه يرى  
 في كفارة اليمين : أن المديجوى في المدينة ، فله مالك رضي الله عنه -  
 ولما البلدان فإن لم يعمدا غير عيشنا فأرضى أن يكفروا بالوسط من عيشهم  
 لقوله تعالى « من أوسط ما تطعمون أهليكم » وهو ذهب داود وإسحاق  
 مطابقاً والمنقول عن أكثر الصحابة والتابعين هذا القول ، ولهذا كانوا  
 يقولون : الأوسط خبز ولبن ، خبز وسمن خبز وتمر والاصل خبز وظم  
 وهذا القول هو الذي يدل عليه الكتاب والسنة والاحتياط وهو قياس مذهب  
 أحمد - رضي الله عنه - وأصوله فإن ما أصله : « إن ما لم يتقدم الشارع  
 فإنه يرجع فيه إلى العرف » وهذا لم يتقدم للشارع فيرجع فيه إلى العرف  
 لا سيما مع قوله تعالى « من أوسط ما تطعمون أهليكم » وأن العبرة بالعرف  
 في كل حال من أحوال الرخص والغلاء والإحسان واليسار والخصف  
 والشتاء وغير ذلك اهـ (٢) .

وفي هذه النصوص التي ذكرها الفقهاء دلالة على أن الحكم المطبق

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٨٧

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٢ ص ٨٥ وما بعدهما .

الذى أوجبه القرآن في النفقة والسكفلة يرجع في تفصيله إلى العرف ودل ذلك على اعتبار العرف في التشريع وصرح ابن العربي بأنها دلائل أصولي بنى الله عليه الحلال والحرام . وهذه العبارة فيها تسامح فمع اعتبار العرف في التشريع ، وتنزيل الأحكام المطلقة عليه لم يقل أحد أن العرف أو العادة دليل مستقل ، بل إن المتتبع لأراء المالكية في كثير من الفروع الفقهية التي بنيت أحكامها على العرف والعادة يرى أنهم أخذوا بالعرف لبيان العلة أو تحقيق المناط (كما سيأتى في أول الباب الرابع) .

وفي آخر ما استدلوأ به قوله تعالى : « ومن يتبع غير سبيل المؤمنين » نوله ما تولى وتصله جهنم وسأتم مصيرهم » فقد ذكر صاحب المواهب السنية في قاعدة « العادة محكمة » أنه يمكن الاستدلال بهذه الآية على اعتبار العرف في التشريع (١) .

وتوجه الاستدلال بهذه الآية على أن السبيل بمعنى لغة الطريق وسبيل المؤمنين طريقة لهم التي استحسوها وقد أوعد الله تعالى بالعقاب والعذاب على من تبع غير سبيلهم يدل على أن اتباع سبيل المؤمنين واجب في العادة التي استحسوها معتبرة شرعا فيجب العمل بها .

ولا ينافى هذا أن تكون الآية دليلا على حجية الإجماع كما اشتهر عن الإمام الشافعى رضى الله عنه ويؤخذ من مجموع هذه الأدلة التي يقوى بعضها بعضا أن العرف معتبر في التشريع الإسلامى ويبنى عليه الأحكام المطلقة في الشريعة .

(١) الفوائد الجنية على المواهب السنية شرح نظم القواعد الفقهية ج ١ ص ١٨٥

٢ — أدلة اعتبار العرف من السنة :

وأما أدلة اعتبار العرف في التشريع من السنة فمن وجهين :

١ — السنة القولية .

٢ — السنة التقريرية .

أما السنة القولية فقد ورد فيها عدة أحاديث ذكرها الفقهاء أثناء كلامهم عن العرف أو الأحكام المبنية عليه . ومن هذه الأحاديث :

١ — قوله صلى الله عليه وسلم — « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح » .

٢ — حديث هند بنت عتبة الذي رواه الجماعة إلا الترمذي عن عائشة رضي الله عنها ، إن هند بنت عتبة قالت لرسول الله — صلى الله عليه وسلم — يا رسول الله أن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال صلى الله عليه وسلم خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف .

٣ — قوله — صلى الله عليه وسلم — في حجة الوداع بشأن الزوجات فيما أخرجه مسلم — رحمه الله تعالى — « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

أما الحديث الأول ، فقد ذكره كثير من الفقهاء — في كلامهم عن العرف وأدلة اعتباره . قال السيوطي في الأشباه . وكذلك ابن نجيم في أشباهه في الاستدلال على قاعدة « العادة محكمة » وأصلها قوله صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » .

كما ذكر الفقهاء : أن العرف صار حجة لإثبات حكم شرعي وأنه صار حجة بالنص وتعامل الناس من غير تكبير أصل من الأصول لقوله صلى الله عليه وسلم : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، (١) .

ويقول السكال بن الهمام في فتح القدير :

« والعرف إنما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، . وما لم ينص عليه الرسول صلى الله عليه وسلم فهو محمول على عادات الناس لأنها — أى العادات — دالة على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن (٢) .

وقال للرخسى في باب الوقف :

في وقف المنقول مقصوداً باختلاف بين أبي يوسف ومحمد — رحمهما الله تعالى ذكره في ( السير الكبير ) والجواب الصحيح : أن ما جرى العرف بين الناس بالوقف فيه من المنقولات يجوز باعتبار العرف ، ككتاب الجنابة وما يحتاج إليه من القدور والأواني في غسل الميت ، وهذا الأصل معروف ، أن ما تعارفه الناس وليس في عينه نص يبطله فهو جائز ، وبهذا الطريق جوزنا الاستصناع فيما فيه تعامل لقوله عليه الصلاة والسلام : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن (٣) .

وهذا صاحب فتح القدير يصرح بأن العرف صار حجة بالنص

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٨ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٦

(٢) فتح القدير ج ٦ ص ٢٨١ ويراجع بدائم الصنائع ج ٥ ص ٢٢٣

(٣) الميسوط ج ١٢ ص ٤٥

ويذكر الحديث ويزيد ذلك بياناً فيذكر أن ما لم ينص عليه شرعاً فهو محمول على العرف والعادة وقد جاز ذلك لقوله يطلع مارأه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن .

ويذكر السرخسي كما ذكر ابن العربي في الاستدلال بالكتاب الكريم، أن ما تعارفه الناس دليل أو أصل معروف فتبنى عليه أحكام ما ليس فيه نص شرعي إذا لم يكن في العرف نص يبطله ، وكما جاز وقف المنقول لجريان العرف به جاز الاستصناع فيما فيه تعامل بهذا الطريق ، والأصل في ذلك هو الحديث المذكور .

وقد تضافرت كتب الفقه وقواعده في نقل هذا الحديث ومع ذلك فقد تكلم العلماء في سنده ولذلك فهو لا يدل على المطلوب عند الذين تكلموا في سنده أو دلالة .

فقد ذكر السيوطي وابن نجيم بعد استدلالهما به :

قال العلائي : دلم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف وإنما هو من قول عبد الله ابن مسعود مرفوعاً عليه أخرجه أحمد في مسنده ١٠ هـ

ولإذن فهو لا يعدو أن يكون قول صحابي وقول الصحابي فيه الخلاف المشهور بين الأئمة .

وجاء في تقييد الشيخ محمد علي الرافعي الطرابلسي على أشباه ابن نجيم : رواه أحمد في كتاب السنة ورواه من عزاه إلى المسند ١ هـ وذكر مثل ذلك الحموي في شرح الأشباه ثم قال في مكان العلائي تبع من وهم في نسبته إلى مسند أحمد (١) .

قال السخاوى فى المقاصد الحسنة : ووم من عزاه إلى المسند (١) .

وذكر الزيلعى فى نصب الراية لأحاديث الهداية فى بيان مرتبة هذا الحديث : د أنه غريب مرفوعاً ولم أجده إلا موقوفاً على ابن مسعود — رضى الله عنه ، (٢) ا هـ .

ومن ذكره على أنه أثر موقوف على ابن مسعود البزار والطبرانى والطيالسى فى مسنده وأبو نعيم فى الحلية فى ترجمة ابن مسعود منها وابن حزم فى الأحكام وذكر الشيخ محمد الحضر حسين فى تعليقاته على الموافقات (٣) .

( هذا الحديث رواه أحمد والبزار فى مسنديهما موقوفاً على ابن مسعود وروى مرفوعاً من حديث أنس لكن إسناده يهاقط ) ا هـ .

وهذا الحديث ، وإن روى موقوفاً على ابن مسعود رضى الله عنه وروى مرفوعاً فى بعض الروايات من حديث أنس — رضى الله عنه — فيمكن القول : بأن ابن مسعود رضى الله عنه — سمع ذلك أو معناه من النبي ﷺ ومع هذا الاحتمال فهل يدل على المطلوب أم لا ، وأحاول بيان ذلك فى الآتى :

سياق الحديث يوحى بأن المراد بالمسلمين — الصحابة وأئمة السلف

(١) قول الطبرالسى والحموى والسخاوى « ووم من عزاه إلى المسند » يعنى وجود الحديث فى المسند ج ١ ص ٣٧٩ وقول الحافظ العلامى « أخرجه أحمد فى مسنده قول صحيح لا ووم فيه » .

(٢) ج ٤ ص ١٣٣

(٣) ج ٢ ص ٢٣٨



والخلف من أهل الحبل والعقد والغيرة على الإسلام والمسلمين والعلم  
بمقاصد التشريع ولا يشمل عوام المسلمين ذلك من راجهين

الاول — أن الرأي كما قال ابن القيم : ما يراه القلب بعد فكر وتأمل  
وطلب لوجه الصواب بما تتعارض فيه الإمارات .

وذلك يتأتى عن طريق الاستنباط من الأدلة الشرعية بطرق  
الاستنباط التي ذكرها الفقهاء وهذا غير ميسور لكل واحد من المسلمين  
ولعل مما يؤيد ذلك أنه ذكر أنه قوله « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله  
حسن » بعد قواه في شأن الصحابة — رضى الله عنهم — ثم نظر في قلوب  
العباد فاختار له أصحاباً جعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه .

الوجه الثاني : وهو ما ذكره الأمدى بقوله (١) :

« ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » أشار إلى إجماع المسلمين  
والإجماع حجة ولا يكون إلا عن دليل وليس فيه دلالة على أن ما رآه آحاد  
المسلمين حسناً يكون حسناً عند الله وإلا كان ما رآه آحاد العوام من  
المسلمين حسناً أن يكون حسناً عند الله وهو ممتنع ، اهـ .

وجاء في الأحكام لابن حزم (٢) :

« إن الحديث المذكور لو أتى من وجه صحيح فإنه يدل على إجماع العلماء  
من المسلمين ثم قال : وليس ما رآه بعض المسلمين بأولى بالاتباع مما رآه  
غيره من المسلمين ولو كان ذلك ممكناً لكننا ماورين بالشك وضده  
وبفعل شيء وتركه معاً وهذا محال لا سبيل إليه » اهـ .

(١) الأحكام ج ٣ ص ١٣٨

(٢) الأحكام لابن حزم ج ٧ ص ١٩

وفهم من كلام الأمدى وابن حزم والشاطبي في الاعتصام (١) :

إن المسلمين صيغة عموم واللام فيها الاستغراق الذى هو مدلول الصيغة عند عدم القرينة على عهد أو غيره وحينئذ فالحديث يدل على إجماع أهل الحل والعقد وما رآه أهل الإجماع حسناً فهو عند الله حسن . ويكون بهذا المعنى حجة .

والعرف الذى تحدث عنه الفقهاء واستدلوا على اعتباره بهذا الحديث . هذا المعنى يكون داخلاً فى مدلول الحديث عند من استدل به على اعتبار العرف سواء روى مرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم أو موقوفاً على ابن مسعود رضى الله عنه .

ودلالة الحديث على حجة الإجماع لا يمنع أن يدل كذلك على اعتبار العرف وبخاصة ما رجع إلى الإجماع العملى فأراه أهل الإجماع من الأعراف حسناً فهو عند الله حسن ، وما رآوه قبيحاً فهو عند الله قبيح ، وقد تقدم أن الحنفية قالوا : إن التعامل راجع إلى الإجماع وتقدم : أن على المجتهد والفقهاء أن ينظر فى أعراف الناس ومعاملاتهم فما كان صالحاً تركهم عليه وما كان فاسداً بين للناس وجه الفساد وأرشدهم إلى الصحيح من أحكام الشريعة ، وبذلك تتضح دلالة الحديث على اعتبار العرف فى التشريع ما رجع منه إلى الإجماع وما لم يرجع إليه .

أما الحديث الثانى والثالث : وهما حديث هناد بن عتبة الذى جاء فيه قوله صلى الله عليه وسلم : « خذى ما يكفيك وولديك بالمعروف » وقوله صلى الله عليه وسلم فى شأن النساء فى حجة الوداع « ولهن مثل

الذى عليهن بالمعروف . وقد تقدم في الحديث عن الناقة ما ذكره الفقهاء في الحديثين .

وفي حديث هند بنت عتبة قال القرطبي فيه اعتبار العرف في الشرعيات .

وهذه العبارة فيها تصريح بدلالة الحديث على اعتبار العرف في التشريع فيما جاء من الأحكام مطلقاً لم يفصل ، وهذا من أقوى الأدلة على اعتبار العرف في التشريع فكأنه قال : لقد وجب على الزوج نفقة الزوجة وترك أمر تقديرها إلى ما يجرى به العرف بينكم بحسب الأحوال والأشخاص والأماكن والأزمان ، وكذلك تنزيل كل النصوص التي جاءت بالأحكام المطلقة . وقال النووي في هذا الحديث فوائد . وذكر منها : « اعتماد العرف في الأمور التي ليس فيها تحديد شرعي » (١) .

### القسم الثاني « السنة التقريرية » :

السنة التقريرية : وهي سكوت النبي - صلى الله عليه وسلم - عند علمه بأمر ليس معتقداً لإسكاف ولا سبق له إنكاره وهذا يدل على الجواز ، والعرف الذي كان موجوداً في زمن النبي - صلى الله عليه وسلم - من هذا القبيل ، وقد تعارف الناس في زمن النبي - صلى الله عليه وسلم - أموراً تتعلق بشئون الحياة فلم يحرمها أو ينهى عنها فدل على جوازها ، كما تعارفوا أموراً جاء ما يفيد أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أقرهم عليها أو شاركهم في فعلها فهذا أيضاً يدل على جوازها .

وكذلك أقر الإسلام ما كان صالحاً للبقاء في ظل التشريع الإسلامي  
ما تعارف عليه الناس قبل الإسلام وألغى ما كان غير صالح - كما ساف -  
فألغى الإسلام عقد الربا وعقود النذر والمنازعات . . وأقر عقود  
الإجارة والشركة والمضاربة والسلم . ووضع لها قواعد وشروطاً ليكون  
الغرض منها تحقيق المصلحة ، كما تقدم (١) .

ومن الأمثلة على ذلك عقد السلم . فقد عرفه العرب في الجاهلية ،  
وهو كما تذكر كتب الفقه شراء شيء لم يوجد بثمن عاجل حال . وفيه  
روى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أنه قال : قدم رسول الله  
ﷺ المدينة وهم يسلفون التمر السنة والسنتين فقال ﷺ « من أسلف في  
شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » .

وقد أصبح ما أقره النبي ﷺ معروفاً بالسنة التقريرية وقد جعلت لما  
تعارف عليه الناس اعتباراً فكان له أثره في التشريع الإسلامي . ومن  
ذلك ما قاله الإمام البخاري نقلًا عن السيدة عائشة أم المؤمنين - رضي  
الله عنها - قالت :

« إن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء . فنكاح منها تكاح الناس  
اليوم يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها » (٢) .

كذلك نهى الإسلام الرجل أن يأخذ صداق ابنته دونها كما  
كانت عاداتهم في الجاهلية وجعل الصداق ملكاً لها . قال السيوطي في  
أسباب النزول (٣) :

---

(٢٦١) يراجع ما تقدم في الحديث عن ( سلطان العرف ) .

(٣) أسباب النزول للبيروني ص ٤٨

أخرج ابن أبي حاتم عن أبي صالح قال كان الرجل إذا زوج ابنته أخذ صداقها دونها فنهاهم الله عن ذلك فأنزل : وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ، اهـ

فالإسلام لم يقر من أعراف الناس إلا ما كان موافقاً لمنهاج الإسلام التشريعي وما كان مخالفاً لنهي عنه وكذا ما كان من شعار الكفار أبطله وبين أنواع المعاملات الحرام منها والمباح وما يجب فعله وما لا يجب ونهى عن الفاسد وأمر بالصالح .

ولا فرق في هذا العرف بين أن يكون فعلاً وأن يكون تركاً مع قيام سبب الفعل وهذا العرف يروى غالباً بصيغة كذا فعل كذا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وما يزيد أدلة اعتبار العرف بالسنة التقريرية قوة أن النبي صلى الله عليه وسلم فعل بعض ما أقرم عليه فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم استصنع خاتماً ومنبراً . فقد تعارفوا عقد الاستصناع ثم شاركهم النبي صلى الله عليه وسلم في العمل به . فكانه دل على اعتبار العرف بالسنة التقريرية (١) .

#### ٢ - الاستدلال على اعتبار العرف بالإجماع :

الإجماع الدال على اعتبار العرف إما أن يكون برؤية أهل الإجماع العرف الذي جرى عليه الناس وأقروه ولم ينكروه أحد منهم من غير داع إلى عدم الإنكار وإما أن يكون بمشاركة أهل الإجماع للناس في العمل بالعرف الذي جرى به العمل بينهم ، وهذا هو الإجماع العملي . وأكثر ما يكون في استدلال الفقهاء على جواز الاستصناع سواء كان فعل الكل

(١) راجع ما يأتي في «العرف والقياس في الباب الرابع» .

أو فعل البعض — كما سلف — في عبارة الكمال بين الهمام ، إنما جوزنا الاستصناع استصحاباً بالتعامل الراجع إلى الإجماع العملي .

وقد قال القرافي في التنقيح في حديثه عن الإجماع :

« إنه اتفاق المجتهدين ، واتفاق المجتهدين هو اتفاقهم في القول أو الفعل أو الاعتقاد . »

وعلى ذلك فالإجماع العملي داخل في أنواع الإجماع ، فإذا ما كان باشتراك أهل الإجماع فيما تعارف عليه الناس بالفعل كان ذلك حجة قطعاً ، وإذا كان بمعنى فعل البعض من غير إنكار عليهم كل هذا محتمل . وعلى كل فهو إجماع وإن كان لا بد من أن يتكرر الفعل في الإجماع السكوتي .

وقد قال أكثر الحنفية : إن الإجماع السكوتي حجة قطعاً . وقال الحسن الكرخي : إنه حجة ظنية أما الإمام الشافعي — رضى الله عنه — فإنه ينكر حجية الإجماع السكوتي في غير الأمر المتكرر أما الأمر الذي تكرر وتكرر معه السكوت فهو يقول : بحجيته .

ومن الأمثلة التي يستدل بها في هذا الموضوع ، ما ذكره الفقهاء في مشروعية القواض أو المضاربة فقد حدث مالك — رضى الله عنه — في الموطأ عن زيد بن أسلم — رضى الله عنه — قال :

« خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب — رضى الله عنهم — في جيش إلى العراق فلما قفلا مرا إلى أنى موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ، ثم قال : لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به افعلت . ثم قال : بلى هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين . فأسلفكاه فتبعاهن به متاعاً من متاع العراق ثم تبعاهن بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى

أمير المؤمنين ويكون الربح لكما فقالا : وددنا ذلك . ففعل ، وكتب إلى عمر - رضى الله عنه - أن يأخذ منهما المال ، فلما قدما فباعا فأربحا فلما دفعا ذلك إلى عمر قال . أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما ؟ قالا : لا ، فقال عمر - رضى الله عنه - إنا أمير المؤمنين هذا فأسلفكما أدبا المال وربحه . أما عبدا لله فسكت . وأما عبدا لله فقال : ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص المال أو أهلك أضمنناه ، فقال عمر : أدباه . فسكت عبدا لله ، وراجعه عبدا لله ، فقال رجل من جلساء عمر : يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً . فقال عمر : قد جعلته قراضاً فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبدا لله وعبدا لله أبنا عمر بن الخطاب نصف الربح (١) .

فالقراض الذى دلت على إباحته هذه الحادثة . . وهو تلك المعاملة التى تقوم على أساس المشاركة بين رأس المال والعمل . وأهل العراق يسمونها المضاربة ، وتسميتها بالقراض لغة أهل الحجاز . وقد أجمع العلماء على أن تلك المعاملة لا تسقط إلى نص مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم وإنما أجزت لأنها كانت معاملة معروفة فتعامل بها الصحابة فكان ذلك إجماعاً منهم على صحة التعامل بها . وفى ذلك يقول الشوكاني ، فى نيل الأوطار (٢) :

« وهذه الآثار تدل على أن المضاربة كان الصحابة يتعاملون بها من غير تكبر فكان ذلك إجماعاً منهم على الجواز وليس فيها شيء مرفوع إلى النبي ﷺ إلا ما أخرجه ابن ماجه من حديث صهيب رضى الله عنه

(١) للأوطار ج ٢ ص ١٧٢ . ويراجع منج الجليل على مختصر خايل الشيخ عايش ج ٣ ص ٦٦٢

(٢) نيل الأوطار ج ٢ ص ٣٦٥

قال : قال رسول الله ﷺ ثلاث فيهن البركة : البيع إلى أجل والمقارضة ،  
وخاط البر بالشعير للبيت لا للبيع ، ا هـ .

وقال ابن حزم في مراتب الإجماع (١) :

« كل أبواب الفقه ليس منها باب إلا وله أصل في القرآن والسنة  
تعمله — وقه الحمد — حاشا القراض فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة ولكنه  
إجماع صحيح محرم » .

ولما كان لا يد الإجماع من مستند عند ابن حزم ، وفي هذا الذي  
ذكره خروج عن أصله هذا عاد فقال : « والذي تقطع عليه أنه كان في عصر  
النبي ﷺ وعلمه فأقره ولو لا ذلك ما جاز ، ا هـ . وإذا كان النبي ﷺ عليه  
وأقره فهو جائز بالسنة التقريرية .

وعلى ذلك فالإجماع الذي أقر العرف ورد إليه ليس مما حصل فيه  
السكوت مرة أو مرتين في أمر من الأمور التي تعارفها الناس بل هو مما  
كثر فيه السكوت مع تكرر الفعل لأن مثل هذه الأمور مما تتكرر عادة  
لأهلها وليدة الحاجة والمصلحة التي لا تتعارض مع النصوص الشرعية  
ومقاصدها العامة ولذا فكثير من الأعراف والعادات التي يتحدث عنها  
الفقهاء ترجع إلى العرف العملي (٢) .

وأما عند المالكية فعرف أهل المدينة يرجع إلى الإجماع العملي لأهل  
المدينة .

ولذلك كثيراً ما يعبر عنه الإمام مالك — رضي الله عنه — بقوله :

(١) يراجع ما يأتي في شروط العرف والعرف واختلاف الفقهاء .

(٢) لذلك صور ستأتي في العرف والإجماع .



والأمر عندنا كذا أو الأمر المجتمع عليه عندنا كذا ، وهذا العرف  
المدنى هو ما استمر عليه أهل المدينة جيلا بعد جيل وسندهم فى ذلك هو  
السنة القولية أو الفعلية أو إجماع الصحابة كما جاء فى مقدار المسكايل  
كالصاع والمد وتثنية الأذان وإفراد الإقامة وغير ذلك مما أفتوا به بناء على  
عرف أهل المدينة الذى توارثوا العمل به من عهد الصحابة والتابعين  
رضى الله عنهم أجمعين .

وقد قال الإمام مالك رضى الله عنه لأبى يوسف رضى الله  
عنه لما ذهب إلى المدينة وبين له مقدار الصاع عند أهل المدينة بحضور  
جماعة منهم ذكرروا أنهم توارثوا العمل به من عهد رسول الله ﷺ :  
« أنراهم يجمعون على باطل » وكذا تثنية الأذان وإفراد الإقامة . فرجع  
أبو يوسف إلى قوله ، وقال : لو رأى صاحبي - يقصد أبا حنيفة - ما رأيت  
لقال به ، (١) .

وأخيراً فمذهبه هى أدلة اعتبار العرف فى التشريع مما استطاعت الوقوف  
عليه ، مما ذكره الفقهاء ، والأصل فى ذلك كله هو الكتاب الكريم فإنه  
لما دل على اعتبار العرف جاءت السنة مبينة لما جاء به ، ولما علم الفقهاء  
بأن الكتاب والسنة دلا على اعتبار العرف لم يحدوا بداً من الإجماع على  
اعتباره فيما ليس فيه نص شرعى من الأحكام المطلقة - كما يحكم فى الوقائع  
والتصرفات .

(١) يراجع ما يأتى فى شروط العرف والعرف واختلاف الفقهاء .

## شروط العرف المعتبر في التشريع

تمهيد : بعد أن ذكرت معنى اعتبار العرف في التشريع وأدلة اعتباره أذكر شروط العرف المعتبر في التشريع لأنه لا يعتبر من الأعراف في التشريع وتبنى عليه الأحكام إلا العرف الذي اصطلاح عليه الفقهاء واشترطوا فيه الشروط الآتية :

- ١ — أن يكون العرف مطرداً أو غالباً .
- ٢ — أن يكون طاماً — ونازع فيه بعضهم .
- ٣ — ألا يخالف العرف النص الشرعي من كتاب أو سنة .
- ٤ — ألا يعارضه تصريح بخلافه .
- ٥ — أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف .

### ١ — الشرط الأول : أن يكون مطرداً أو غالباً

قال السيوطي في الأشباه والنظائر (١) :

« إنما تعتبر المادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا .. قال إمام الحرمين في باب الأصول والثمار : كل ما يصح في اطراد العادة فهو المحكم ومضمرة كالمذكور » .

وقال ابن نجيم في أشباهه (٢) :

« إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت ، ولذا قالوا : لو باع بدراهم

أو دنانير وكأنا في بلد اختلف فيه النقود مع الاختلاف في المالملة والرواج  
انصرف الببع إلى الأغلب قال في الهداية: لأنه هو المتعارف فيه تصرف إليه .

فقد ذكر السبوطى وابن نجيم شرط الاطراد ، ومعنى الاطراد : أن  
تكون العادة مستمرة بحيث لا تتخلف في جميع الحوادث ، وقد يعبر عن  
الاطراد بالعموم ( كما سيأتى ) ومثال ذلك : إذا ما جرى العرف بين الناس  
في بلد أو إقليم بتعجيل المهر قبل الدخول أو تقسيمه إلى معجل ومؤجل .  
فانه يكون مطرداً في هذا البلد أو الإقليم إذا كان أهله يحجرون على الحالة  
المتعارفة من التعجيل أو التقسيم في جميع حوادث النكاح .

ومعنى الغلبة كما عطفها ابن نجيم على الاطراد : أن يكون العمل بالعرف  
كثيراً ولا يتخلف إلا قليلاً وكأنه يقول : باشتراط الاطراد في العرف  
فإذا تخلف فيجب أن يكون ذلك قليلاً ونادراً وإلا خرج عن كونه مطرداً  
أو غالباً ، والاطراد أو الغلبة يحمل العرف مقطوعاً بوجوده ولا يقدر  
في اعتبار العرف إذا ترك العمل به في بعض الوقائع القليلة .

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية ( مادة ٣٩ ) نقلاً عن مجامع الحقائق :  
« العبرة للغالب الشائع لا للقليل النادر » (١) .

ولذا قال الإمام الشاطبى في الرد على من قال : إن اطراد العوائد غير  
معلوم بل يكون إن وجد فمظنون ما نصه (٢) :

« إن العلم المحكوم به على العادات إنما هو في كليات الوجود لا في

---

(١) المنافع شرح مجامع الحقائق ص ٢٢٥

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٢٨٢ وما تقدم من ١٠٥

جزئياته وما اعترض به من باب الأمور الجزئية التي لا تخدم كلية ولذلك لم يدخل ذلك - أي تخلفها في بعض الجزئيات - على أرباب العوائد شكاً ولا توقفاً في العمل على مقتضى العادات البتة ، ١٠ هـ

وقال أيضاً : « وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً فلا يقدر في اعتبارها انحرافها ما بقيت عادة على الجملة ، ١٠ هـ

وعلى ذلك فالعادة المطردة محكمة في التصرفات كما ذكر لإمام الحرمين : أن ما صح اطراده في العرف فهو المحكم وصريح ذلك كالمضمر ، ولذا قال الفقهاء : إن العادة المطردة في ناحية تنزل منزلة الشرط كما تنزل منزلة صريح الأقوال في النطق بالأمر المتعارف (١) .

قال المز بن عبد السلام (٢) :

فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال ، وقد فرغ الفقهاء على ذلك بأن التوكيل في البيع المطلق يتقيد بشمن المثل وغالب نقد البلد الذي فيه البيع تنزيلاً للغلبة منزلة النطق به صريحاً . وفي حمل الودائع والأمانات على حرز المثل فتحفظ الجواهر والذهب والفضة فيما تحرز فيه عادة ولا تحرز فيما تحرز فيه الثياب والأحطاب تنزيلاً للعرف منزلة تصريحه بحفظها في حرزها ، وحمل الصناعات على صناعة المثل فإذا استأجر أحد إنساناً ليصنع شيئاً فإنه يحمل على صناعة المثل ، ١٠ هـ .

والاطراد والغلبة في العرف كما يفهم من عبارة ابن نجيم المتقدمة قد يكون في جميع البلاد أو مطرداً في بلد خاص فينزل منزلة العام وبطلاني

(١) يراجع ما تقدم في العرف العمل ص ٨٩

(٢) قواعد الأحكام ج ٢ ص ١٢٦

عليه أنه مطرد في هذا البلد كما قال السيوطي ، العادة المطردة في ناحية هل  
تنزل منزلة الشرط ، .

ثم صرح بأن العرف المطرد أو الغالب في بلد فإنه يرجع إليه في المعاملة  
التي تجرى بين أهله فقال : . من باع شيئاً وأطلق نزل على النقد الغالب  
فلو اضطربت العادة في البلد وجب البيان والإبطال البيع ، ٥١ .

والذي استظهره السيوطي ، أن العرف المطرد في بلد واشتهر ولم  
يضطرب فإنه ينزل منزلة العرف العام في اعتباره بين أهله للذين تعارفوه .  
والغلبة والاطراد في جميع البلاد أو في بلد واحد كما ذكر الفقهاء ، هو  
ما اشتهر عند أهل العرف لا في كتب الفقهاء ، فالاشتهار في الكتب غيره  
في العرف لأن ما دون في كتب الفقهاء كان عرفاً سائداً في زمانهم فإذا  
تغير العرف كلا أو بعضاً منه وأطرد أو غلب عمل بمقتضى ذلك .

قال القرافي - رضى الله عنه ( في الأحكام ) في حديثه عن ألقاظ  
الطلاق التي كانت مشهورة فيما سلف في إزالة العصمة ثم تغير العرف فيما تدل  
عليه ما نصه :

« ينبغي أن تدور الفتيا فيها مع اشتهارها في العرف وجوداً وعدماً  
ففي أي وقت شهر حصلت عليه بغير نية وفي أي وقت لم يشهر فيه - أي  
اللفظ - لم يحمل عليه إلا بنية ولا يكفي في الاشتهار كون المفتي يعتقد ذلك ،  
فإن ذلك نشأ من قراءة المذهب ودراسته والمناظرة عنه ، بل الاشتهار  
أن يكون أهل العرف لا يفهمون عند الإطلاق إلا ذلك المعنى لا من لفظ  
الفقهاء بل استعمالهم لذلك اللفظ ، في ذلك المعنى ، فهذا هو الاشتهار المعبر  
لنقل اللفظ من اللغة إلى العرف ، ٥١ (١) .

والمعنى الذي يقصده القرافي بالاشتهار هو المعنى الذي يقصده من قال بالاطراد أو الغلبة فإذا كان كذلك اعتبر . وإن لم يكن كذلك لم يعتبر لعدم تفرده واشتهاره بين الناس ، ولأن غلبة العرف أو اطراد العمل به قرينة على المراد من التصرف بالقول أو بالفعل وتصرف المزمع بحمل على الغالب والأغلب في العرف لأن ذلك هو المتبادر فينصرف إليه .

قال الكواخبي في رسالته في الأصول : الأصل أن السؤل والخطاب يمتضى على ما عموماً وغالب لا ما شذو ونادر ، اهـ (١) .

### العرف المشترك :

وهذا الذي ذكره خرج العرف الذي لم يطرده أو لم يكن غالباً وهو ما تسمي العطل به وتركه ، وهو المسمى بالعرف المشترك ، وهو لا يفتقر في معاملات الناس إلا يصحح مستقدياً أو دليلاً يرجع إليه في تحديد الحقوق والواجبات المطلقة ، لأن عمل الناس به أحياناً إذا صلح شرطاً لاعتباره فتركهم له أحياناً مماثلة ينقضه ، ومن ثم كان شرط اطراد أو الغلبة لا بد منه لاعتبار العرف مرجعاً له على غيره مما لم يطرده من الأعراف والمعارض الراجع الذي أصبح شأنها مستفيضاً ، ويقول ابن طبردين :

« التعامل العام يشمل العام مطلقاً في جميع البلاد والأقاليم في بلدة واحدة فكل منها لا يكون عاماً تبنى عليه الأحكام حتى يكون شأنها مستفيضاً بين أهلها ، أما لو كان مشتركاً فلا يبنى عليه الحكم للتردد في أن المشكك قصد هذا المعنى أو المعنى الآخر فلا يتقيد أحد المعنيين لتعارضهما بتحقيق الآثارك

(١) رسالة الكواخبي في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية ص ٥ . وراجع قواعد

والعرف المشترك لا يصح الرجوع إليه فإن الاشتراك يقتضى تساوى المعنيين (١) .

ولما كان العرف المشترك للتردد في طرفيه حيث تساوى العمل به وعدمه لا يبنى عليه حكم فإن القرينة الموجودة وقت التصرف هي التي تبين مراد الإنسان من قصره وإذا غلب أحد العرفين كان قرينة دالة على المراد . وحينئذ لا عمل للمرجوح في مقابلة الراجح وإلا كان ترجيحاً بلا مرجح وهو ممنوع .

وقد مثل الفقهاء للعرف المشترك بأمثلة منها :

إذا جرى عرف في البلد الذى حدث فيه الزواج بأن جهاز الأب لابنته من ماله يعتبر عارية ووجد عرف آخر بأنه يعتبر هدية وتساوى العرفان فقام الأب بتجهيز ابنته من ماله وزفت بهذا الجهاز إلى زوجها ثم حدث نزاع بينهما والاختلاف في أن الجهاز عارية أو هدية ، فدعى الأب أنه عارية ليتسنى له الرجوع عليها واسترداده منها وطالبها برده إليه وأنكرت هي ذلك وادعت أنه هبة وتمليك . حتى لا يملك لحق الرجوع عليها لأن من موانع الرجوع في الهبة القرابة المحرمة ولم يكن لأحدهما يدعة على دعواه . لم يصلح هذا العرف المشترك دليلاً مرجحاً لدعوى أحد الخصمين لتعارض العرفين حيث لا مرجح لأحدهما على الآخر لتساويهما ، وحينئذ يكون للقول للأب بيمينه فيحكم له بدعواه وإذا كان أحد العرفين غالباً عمل به ولم يلتفت إلى الآخر ويكون القول لمن يشهد له العرف الغالب بيمينه فيحكم له بدعواه إذ لا تعارض حينئذ بين العرفين لعدم تساويهما وترجح أحدهما على الآخر فعمل به .

جاء في البهجة شرح التحفة (١) :

والعرف جار هندنا بتجهيز الأبناء بناتهم . . قال البرزلي : إذا استظهر الورثة برسم يتضمن أن العادة الجارية بينهم أن الرجل إذا جهز ابنته بحلى أو غيره إنما هو على معنى العارية والتجمل وإن طالبت الممنون : فقال ابن عبد السلام : إذا ثبت الرسم المتضمن للعادة الجارية وجب الإغذار في شهوده إلى الإبنة فإن عجزت أو سلت عمل بمقتضاه ، اهـ .

وقد قال الفقهاء : إن الدعوى ترجح بمعهود أو أصل في شهادته للعرف ترجح جانبه لأن العرف كالشهادة ، وقال بعض المالكية : فإن العرف وشهادة العادة إذا عارضت البينة فإن العرف يقدم على البينة (١) .

وفي العرف المشترك حيث لم يترجح أحد الطرفين كانت القرينة الموجهة بوقت التصرف هي التي تبين الإرادة مع اليقين .

وفي المسألة المقدمة ذكر ابن عابدين نقلاً عن الذخيرة العرفانية وروايات الصدر الشهيد (٢) : أن الأب لو جهز ابنته فبانت فادعى أن ما جهزها به كان عارية لأمسكها فاقول للزوج لأن الظاهر في العرف والعادة المستمرة التملك .

أما إذا لم يكن التملك هو المستمر في العرف والعادة فاقول للأب لأنه لا يعرف التملك أو عدمه إلا من جهة نظراً لاشتراك العرف . وذكر قاضيه خان أن الأب إذا كان من كرام الناس وأشرفهم فهذا يفيد أنه دفعه تملكاً لا عارية وإن كان من أوساط الناس أفاد عدم استمرار دفعه تملكاً فيقبل قوله فيما إذا دعا اهـ .

(١) جنى زهر الآس شرح عمل فاس ص ١٠٩ .

(٢) رسائل ابن عابدين ص ٢٠٠ .



وهذا يدل على أن المتعارف في زمن قاضي خان : أن الأب إذا كان شريفاً دفع تلميذاً وإذا كان وسطاً بين الناس فالغالب أنه يدفع حاربه ، وهذا هو الذي عليه الفتوى عند الحنفية وإذا تغير فالفتوى تتغير بتغيره كما قال الصدر الشهيد وهو المختار للفتوى .

وهذا الذي ذكر عن جمهور الفقهاء هو ما قال به الزيدية . . فقد جاء في البحر الزخار عن الإمام زيد والقاسم والهادي والناصر : اعتبار عادة البلدان فيما جرى بينهم وتعارفوه فإذا ما اختلفت رجع إلى الأغلب في المعاملات فإن لم يكن أغلب واشترك أو تساوى العرفين خير كمتعارض الأمارتين (١) .

## ٢ - الشرط الثاني : أن يكون العرف علماً ، ونازع فيه بعضهم

لقد تقدم أنه يشترط في العرف الإطراد والغلبة وقد يكون العرف عاماً في جميع البلاد أو بلد خاص وقد سبق في تقسيم العرف : أنه ينقسم إلى عام وخاص .

وعصوم العرف غير لإطراده لأن العرف قد يكون عاماً وليكن العمل به لا يكون مستمراً في جميع الحوادث فلا يكون مطرداً وكذلك العرف قد يكون خاصاً بطائفة أو مهنة أو أهل بلد خاص وقد يكون غير مطرد بالمعنى المذكور ، فالعام قد يكون غير مطرد والمطرد قد يكون غير عام .

وللعلماء في اشتراط أن يكون عاماً مع إطراده رأيان :

(الاول) أنه يعتبر في بناء الأحكام العرف العام دون الخاص . وهو لبعض الحنفية ومن وافقهم من الشافعية .

(الطائي) أن العرف الخاص معتبر كذلك في بناء الأحكام وقال به المالكية ومن وافقهم .

ومن تنبع كلام الفقهاء فيما ذكره من مسائل فقهية مبنية على العرف يجد أنهم قد نظروا إلى العرف العام والعرف الخاص باعتبار أن لكل منهما موضعه ومجاليه المعتبر فيه ، ولذا جاء حديثهم عن شرط العموم بصيغة الاستقحام ، فقد قال ابن نجيم في الأشباه والنظائر (١) :

« هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق عرف ولو كان خاصاً .. المذهب الأول ، ا هـ .

وقال في البرازية معزياً إلى الإمام البخاري الذي ختم به الفقه والحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص وقيل بثبت ، . وفي القنية من باب استئجار المستقرض المقرض المتعارف الذي يثبت به الأحكام لا يثبت بتعارف أهل بلدة واحدة عند البعض وعند البعض وإن كان ثبت لـكن أحدهم بعض أهل بخاري فلم يكن متعارفاً ، طامقاً ، ا هـ .

قال المحمدي في شرح الإشباه : ( ومقصوده من هذا النقل عدم اعتبار العرف الخاص ) حيث قال : الفتوى على خلافه .

فيؤخذ من هذا أن الرأي الغالب عند الحنفية هو اعتبار العرف للعام . ويصرح ابن نجيم أن الفتوى على خلاف هذا الرأي وهذا يقيد القول : باعتبار العرف الخاص ، وكذلك يرى فقهاء الحنفية : أن الحكم الذي ثبت بالعرف العام مثل جواز الإجارة لتعارف العام عليها مع مخالفتها لأقواعد العامة إذ تعارف الناس على نوع من الإجارة يخالف المعنى العام للإجارة لا يثبت به حكم عام ولا خاص . كما مثل لذلك باستئجار المستقرض المقرض لمساقيها من الاستغلال والربا ، والمسألة كما ذكرها :

• لو استقرض ألفاً واستأجر المقرض لحفظ مرآة أو سلعة كل شهر بعشرة وقيمتها لا تزيد على الأجرة ففيها ثلاثة أقوال :  
 ١ - صحة الإجارة بلا كراهية اعتباراً لعرف خواص بخارى .

٢ - الصحة مع الكراهة للاختلاف .

٣ - الفساد لأن صحة الإجارة بالتعارف العام ولم يوجد وقد أفق الأكار بفسادها ، اهـ .

كذلك نقل ابن نجيم عن القنية :

• لو تواضع أهل بلدة واحدة على زيادة في سنجاتهم التي يوزن بها الدراهم على مخالفة سائر البلدان ليس لهم ذلك ( اهـ ) .

ويعلق ابن عابدين على هذا الذي ذكره ابن نجيم فيقول (١) :

• لا يخفى أنه لا ضرورة إلى الاستتجار على حفظ ما لا يحتاج إلى حفظه بأضعاف قيمته فإنه ليس بما يقصده العقلاء ، ولذا لم يحسن استتجار دابة ليجنبها أو دراهم ليزين بها دكانه ، كما صرحوا به أيضاً فتبقى على أصل القياس ولا يثبت جوازها بالعرف الخاص فإن العرف الخاص لا يترك به القياس في الصحيح ، على أن هذا العرف لم يشتهر في بلده بل تعارفه ببعض أهل بخارى دون غيرهم ولا يثبت التعارف بذلك ، .

ثم قال : وأما مسألة زيادة السنجات فإن المراد أن كل أحد من أهل تلك البلد يزيد في سنجته فلمنع منه ظاهر . وإذا كان المراد أن يتفقوا على زيادة خاصة فوجه المنع — والله أعلم — أنه يلزم منه الجهالة والتعريب

إذا اشتروا بها من رجل غريب يظنها على عادة بقية البلاد اهـ .  
وظاهر كلام ابن نجيم هو عدم اعتبار العرف الخاص إذا عارض  
العرف العام ، فهل معنى ذلك أنه إذا لم يعارضه يكون معتبراً ذلك هو  
ما استظهره ابن عابدين ، وقد قال هو وابن نجيم في الرد على أهل بخارى :  
« إنه تعارفه بعض أهل بخارى وهو بهذا المعنى عرف خاص » ، ويفهم من  
هذا أنه لو تعارفه جميع أهل بخارى فإنه يعتبر عاماً أو كالعام بالنسبة لأهله  
الذين تعارفوه وفي ذلك يقول ابن عابدين : « التعارف العام يشمل العام  
مطلقاً في جميع البلاد والعام في بلدة واحدة فكل منهما لا يكون عاماً تبني  
عليه الأحكام حتى يكون شائعاً مستفيضاً بين جميع أهله » اهـ .

هذا والمفهوم من كلام جمهور فقهاء الحنفية : أن العرف الخاص لا يعتبر  
وأن القول باعتباره قول ضعيف في المذهب اللهم إلا إذا كان العرف  
الخاص مقرراً بالسنة فإنه يعتبر حينئذ كما صرح به البهري في شرح الأشباه  
لابن نجيم قلنا عن الصدر الشهيد قال :

« لا نأخذ باستحسان مشايخ بانخ ، وإنما نأخذ بقول مشايخنا المتقدمين  
لأن التعامل في بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن الاستمرار عليه من الصدر  
الأول فيكون ذلك دليلاً على تقرير النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك  
فيكون شرعاً منه ، اهـ .

وقد خالف جمهور الحنفية في هذا مشايخ بلخ وخوارزم وبخارى  
وأبو الليث السمرقندي وأبو علي النسفي ، فقالوا : باعتبار العرف الخاص  
دليلاً ومخصصاً ، وأفتوا بجواز كثير من المسائل والمعاملات التي يمنعها  
الدليل منها : جواز استتجار الحائك في الغزل بجزء من عمله مع أنه ممنوع بدلالة

نبيه صلى الله عليه وسلم ، عن قفيز الطحان ، وقالوا لهم خصصوا النبي في الحديث بالتعامل والتعامل حجة ترك به القياس ويخص به الأثر .

وكذلك فإن النبي ورد عن قفيز الطحان فلو تعارف أهل بلد قفيز الطحان لم يعتبر هذا التعارف ، لأن في اعتباره تركاً للنص أصلاً ، ولا يجوز ترك النص أصلاً بالتعامل ، وإن جاز تخصيصه بتعامل العام فلا يجوز تخصيصه بتعامل أهل بلد واحد (١) .

وقال ابن نجيم : إن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص وقد أثنى كثير من المشايخ باعتباره . وفي حديثه عن بناء الأحكام على العرف قال نقلاً عن الكافي :

« والأحكام تبنى على العرف فيعتبر في كل إقليم وفي عصر عرف أهله ، . . . »

وقال ابن عابدين : « إن حكم العرف يثبت على أهله عاماً أو خاصاً فالعرف في سائر البلاد يثبت حكمه على أهل سائر البلاد ، والخاص في بلدة واحدة يثبت حكمه على تلك البلدة فقط ، . . . »

وقال الجوهري في شرح الأشباه : « قوله : الحكم العام لا يثبت بالعرف الخالص يفهم منه : أن الحكم الخاص يثبت بالعرف الخالص » (٢) .

وأقول : إنه لو اعتبر العرف الخاص خللت وقائع كثيرة عن الأحكام تتطلب حكماً شرعياً بشرط أن يطرد العمل به كما اشترط ذلك في العرف العام ، فيثبت بالعرف العام الحكم العام ويثبت بالعرف الخاص الحكم الخاص .

---

(١) و (٢) المرجع السابق ص ١٣٠ - ١٣٥

وتفرع الفقهاء على اعتبار العرف الخاص ، فقالوا فيما يدخل في بيع الدور تبعاً وما لا يدخل : أن السلم المنفصل لا يدخل في بيع البيت إلا في عرف أهل القاهرة لأن بيوتهم طبقات لا ينتفع بها إلا به .

وقال صاحب ( توفيق المواد النظامية ) مادة ٢٧٧ ، العادة العامة أو الخاصة تجعل حجة لإثبات حكم شرعي ، .

آراء الشافعية في هذا الموضوع :

اختلف النقل عن الشافعية في هذا الموضوع :

قال ابن حجر الهيتمي في الفتاوى الفقهية :

« إن أطراد العرف في جهة لا يعول عليه بناء على الأصح أن العرف الخاص لا يرفع اللغة ، ولا العرف العام ولا يعارضه ومن ثم ضعف الجمهور قول القفال : إن العادة المطردة في ناحية تنزل منزلة الشرط . قال - أي القفال - فلو عم في الناس إعتياد إباحة منافع الرهن المرتن فإن ذلك بمنزلة اشتراط عقد في عقد فيفسد الرهن فجعل الإصطلاح الخاص بمثابة العادة العامة ، وافق الجمهور - أي من الشافعية - على ضعف قوله حتى تليذه القاضي حسين فإنه قال :

ويحكي عن طائفة من أصحابنا أنهم قالوا : إن كان الموصى بالهبة موهباً فإطلاق هذا اللفظ يحمل على الجار لأن عادتهم جارية بركوب الخير ولا ينصرف إلى غيرها ، هذا قاسد لأنه عادة بلد واحدة لأن المراد ليس خصوص مصر بل جميع إقليمها . فإذا لم يعتبر تخصيصهم الهبة بالجار إن فرض صدق ذلك منهم وإلا فالذي نقله الأئمة : أن عرفهم لإطلاق الهبة على الخيل والبغال أيضاً فكذلك لا يعتبر ، اهـ .

وهذا الذى ذكره ابن حجر الهيتمى يقين منه أن جمهور الشافعية على عدم اعتبار العرف الخاص ولو كان مطرداً فلا يرفع اللغة - أى الدلالة اللغوية للفظ - ولا يقوى على معارضة العرف العام - وقد ضعفوا قول القفال المخالف لذلك .

ولكن هل هذا قول عند جمهور الشافعية فى جميع التصرفات أم لا ؟

صرح ابن حجر : أن القول بذلك فى التعليق والإقرار وما عداهما فإن العرف الغالب يؤثر فيه وتنزل العادة الغالبة شرط ، ثم ذكر عبارة السيوطى فى الأشباه حيث قال :

« قال الرافعى . العادة الغالبة إنما تؤثر فى المعاملات لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج فيها غالباً ، ولا تؤثر فى التعليق والإقرار بل يبقى اللفظ على عمومته فيهما ، أما فى التعليق فمقلدة وقوعه ، وأما فى الإقرار فلأنه لإخبار عن وجوب سابق وربما تقدم الوجوب على العرف ، .

ويقول السيوطى :

« العادة المطردة فى ناحية هل تنزل منزلة الشرط ؟ ثم ذكر بعض مسائل البيوع التى ترجع إلى العرف فى بيان أحكامها ، وقال : ولو اطردت عادة بلد بعكس ذلك اعتبرت العادة فى الأصح ، .

والذى استظهره السيوطى وصححه هو أن العادة المطردة فى ناحية أو بلد تنزل منزلة العرف العام فيعتبر كذلك فى شأن أهله الذين تعارفوا وذلك إذا اشتهر وام يضطرب .

وما ذكره ابن حجر الهيتمي والسيوطي عن الزايفي من أن العادة الغالبة - أي العرف الغالب - إنما يؤثر في المعاملات دون التعليق والإقرار، ففيه نظر لأن قوله «العادة الغالبة» ليس المقصود بوصف الغاية العموم في كل البلاد وإنما الغلبة في الاستعمال سواء كانت العادة عامة أو خاصة في بلد أو أكثر بالمعنى الذي سلف.

كما أن السيوطي نقل هذه العبارة في حديثه عن بيان أثر العرف للسابق والمقارن في التصرف. ولم يتعرض للعموم والخصوص، وما فرعه السيوطي يؤيد ذلك قال :

«لو أقر بدارهم مطالقة في بلد دراهمه ناقصة لزمه الناقصة في الأصح، وقيل بلزمه وإفية لعرف الشرع، ولا خلاف أنه لو اشترى بألف في هذه البلد لزمه الناقصة لأن البيع معاملة والغالب أن المعاملة تقع بما يروج فيها بخلاف الإقرار» اهـ.

وذكر أن هذا قال به الشيخ أبو حامد والماوردي والرومي وغيرهم. ويرى النووي أن العرف الخاص يؤثر في تصرفات الذين تعارفوه من إقرار وغيره فقال في المجموع (١) :

«لا يجوز أن يفتى المفتي في الأيمان والإقرار ونحوهما بما يتصل بالأنفاظ إلا أن يكون من أهل بلد اللافظ أو متنزلاً منزلة من أهل الخبرة بمرادهم من الفاظهم وعرفهم فيها» اهـ.

رأى المالكية :  
أما المالكية فقد قالوا : باعتبار العرف الغالب أو المطرد بقسميه



العام والخاص وبنوا عليهم كثيراً من الأحكام وتردد ذلك في كتبهم حيث يقولون في بعض المسائل : هذا هو ما عليه العمل العام أو العمل الخاص ، ويعنون بذلك العرف العام والخاص .

وكذلك قالوا بعرف أهل المدينة - وهو عرف خاص - وأثبتوا به كثيراً من الأحكام لأنه أطرد العمل به من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أو الصحابة والتابعين جيلاً بعد جيل حتى صار بمنزلة العرف العام .

فأما ما عدا المدينة من البلاد والأمصار فقد اعتبر عرف كل منها في شأن أهله الذين شمارفوه ولا يعتبر في حق غيرهم .

وقد قال الصدر الشهيد من الحنفية (١) :

وإن التعامل في بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن الاستمرار عليه من الصدر الأول فيكون ذلك دليلاً على تقرير النبي صلى الله عليه وسلم إياهم على ذلك فيكون شرعاً منه ، اهـ . وإذا اشترط ذلك عند الصدر الشهيد حتى يعتبر العرف الخاص فإن ذلك متحقق في عرف أهل المدينة فيجب القول باعتباره كما قال المالكية . وقد رجع إليه في بعض المسائل ، من أئمة الحنفية أبو يوسف ومحمد - رضي الله عنهما - لما التقياً مع الإمام مالك رضي الله عنه .

وزيادة عليه فإن عرف أهل المدينة يجب اعتباره أكثر من اعتبار

عرف أهل بخارى وخوارزم وغيرهما الذي قلل باعتباره ببعض فقهاء  
الحنفية وذلك نظراً لطبيعة الجو الذي عاش فيه أهل المدينة دون غيرها  
من البلاد .

وأخيراً فإنه ليس من شرط اعتبار العرف في بناء الأحكام عليه أن  
يكون عاماً بل يعتبر العرف العام والخاص إذا تحقق فيهما معنى الغلبة  
والإطراد كل في محيطه وبين أهله الذين تعارفوه لأن العرف قد يكون عاماً  
ولا يكون غالباً أو مطرداً بالمعنى المتقدم ، ويثبت بالعرف العام الحكم العام ،  
وبالعرف الخاص الحكم الخاص عند الذين تعارفوه (١) .

٣ — الشرط الثالث : ألا يكون العرف مخالفاً للنص الشرعي من  
كتاب أو سنة .

فمجرد

العرف لا يكون معتبراً في التشريع إذا خالف النص الشرعي ولهذا كان  
من شروط اعتباره في التشريع ألا يخالف النص الشرعي .

ومعنى عدم مخالفة العرف للنص الشرعي : أن لا يكون ما تعارف عليه  
الناس مخالفاً للأحكام الشرعية المخصوص عليها وإلا فلا اعتبار للعرف ،  
وذلك كتعارف الناس شرب الخمر ولعب الميسر وخروج النساء كاشفات  
عن بعض أجسامهن مما يجب ستره شرعاً . وغير ذلك ، مما تعارف عليه  
الناس في الجاهلية ثم جاءت النصوص الشرعية بتعريمه والنهي عنه فإذا

ما عدوا لإلاليه وتعارفوا عليه فإن هذا العرف غير معتبر ويجب طرحه واعتماد الدليل الشرعي لأن الشريعة إلزامية ولم تشرع إلا لتنفيذ نصها وتحترم ولا يجوز تعطيلها بالتعارف والتعامل وإلا لم يبق للتشريع معنى ولا فائدة ويكون العرف حينئذ ناسخاً لأحكام الشريعة ، وهو العرف الذي حكم عليه بالبطلان وعدم اعتباره لمخالفته للنص الشرعي .. وفي حاشية العلامة الأمير ( إنما يحكم العرف في المعاملات ولا يندسخ سنة ) (١) .

وقد يكون العرف غير مبطل للنص أو معطلا له . ويمكن تنزيله على النص الشرعي أو التوفيق بينهما حينئذ يعتبر العرف . والكلام في ذلك في موضعين :

الأول : أن يخالف العرف النص الشرعي من كل وجه :

وإذا كان الأمر كذلك فإنه يعمل بالنص ولا اعتبار للعرف لأن النص أقوى من العرف ولا يترك الأقوى لما هو أضعف منه سواء كان العرف عاماً أو خاصاً ، لأن الدليل من صحيح عن الشارع الحكيم العلم بمصالح الناس فهو حق وحجة قائمة على الناس ، أما العرف فيكثيراً منه يتبع الأهواء والشهوات فيقوم على الباطل وقد راجت بين الناس أمور كثيرة ساروا عليها وتعارفوها تبعاً للأهواء بلا نظر لمخالفها للشريعة أو موافقتها فهذه الأعراف لا اعتبار لها مع وجود النص الشرعي لأنها من صميم ما هو حرام شرعاً .

قال السكّال بن الهمام في معارضة العرف للنص الشرعي (١) :

« إن النص الشرعي أقوى من العرف لأن العرف جاز أن يكون على

باطل كتعارف أهل زماننا في إخراج الشموع والمرج إلى المقابر ليأبى العبد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل، ولأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى، لأن العرف صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم: ما رآه المسلمون حسناً فهو حسن، اهـ.

وقال الباقر في العناية:

«النص أقوى من العرف لسكونه حجة على من تعارفه ومن لم يتعارفه والعرف ليس حجة إلا على من تعارفه والأقوى لا يترك بالآخرى، اهـ. ويفهم من هذين النصين الأمور الآتية:

أولاً: أن العرف يجوز أن يكون على باطل كتعارف الناس شرب الخمر ولعب الميسر والتعامل بالربا والخروج إلى المقابر في الأعياد والمبيت فيها، وأما النص بعد وروده فلا يحتمل بحال من الأحوال أن يكون باطلاً لأنه الحق الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه.

ثانياً: أن العرف ليس حجة بذاته بل هو في حجيته ثابت بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم: ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، اهـ.

ثالثاً: أن حجية النص عامة لا تختص بزمن دون زمن أو فرد دون فرد أو جماعة دون جماعة لجميع الناس يلزمهم العمل بمقتضاه من تعارفه منهم ومن لم يتعارفه، أما العرف فلا يكون حجة إلا على الذين تعارفوه، ولا شك أن الحجة الملزمة للجميع أقوى من الحجة القاصرة على بعض الناس.

رابعاً : لا خلاف في كون النص هو المصدر الأناسي الذي يعتمد عليه في معرفة الأحكام الشرعية واستنباطها ، وأنه الأصل في ذلك ربه المرتبة الأولى ولا يلجأ إلى غيره عند وجوده وليس للعرف هذه المرتبة .

وإذا كان العرف بهذا الضعف لهذه الأمور والنص أقوى بلا نزاع فلا خلاف في رد العرف وتركه . إذا كان يلزم من العمل به إبطال النص الشرعي أو تعطيله . وفي ذلك يقول السرخسي : وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر (١) .

وذلك لأن الإنسان مكلف بالعمل بالنصوص الشرعية وليس لأحد تغيير النص والعمل بخلافه فإذا خالف العرف النص ، أو ورد النص بخلافه فلا يلتفت إليه ، وقد رد السرخسي على من قال : إن ما تحت السرة إلى موضع نبات الشعر ليس بعورة للرجل لتعامل العمال في الإبداء عن ذلك الموضع عند الانزاع ولأن في نزوع الناس عن العادة الظاهرة نوع حرج فقال : وهذا بعيد لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر وإنما يعتبر فيما لا نص فيه ، اهـ (٢) .

وقال ابن نجيم في الأشباه والنظائر (٣) :

وإنما العرف غير معتبر في المنصوص عليه ثم ذكر هذه المسألة وعلق عليها قائلاً نقلاً عن الفتاوى الظهيرية : وهذا ضعيف وبعيد لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر .

(١) البسيط ج ١١٦ ص ١١٦

(٢) البسيط ج ١١٦ ص ١١٦

(٣) ص ٤٧

وقال ابن عابدين (١) :

« إذا خالف العرف الدليل الشرعي فإن خالفه من كل وجه بأن يلزم ترك النص فلا شك في رده كمتعارف الناس كثيراً من المحرمات كالربا وشرب الخمر واللبس الخليلر والذهب وغير ذلك مما ورد تحريمه نصاً . »

وقال الشافعية وغيرهم : بما قال به الحنفية في رد العرف المخالف للنص والذي يلزم من العمل به ترك النص للشرعي سواء كان عاماً أو خاصاً .

قال ابن حجر في فتح الباري (٢) :

« إن الشافعية أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعي أو لم يرشد النص الشرعي إلى العرف ، . . . ويستوى في ذلك العام والخاص من الأعراف . »

هذا وقد سلف أن المدرسة جاءت لتحقيق مصالح الناس ولذا فإنها تقرر الحسن وتنهى عن القبيح ، والمرجع في تمييز الحسن من القبيح إنما هو أمر الشرع ونهيه ، لأن للشارع وزن الأمور وينظر إلى نتائجها من جميع نواحيها لا من بعض النواحي دون بعض فأنهت عنه الشريعة يجب تركه لأنه يسبب الضرر للإنسان وللجمتمع عاجلاً أو آجلاً ولذا ألغت الشريعة كثيراً من عوائد وأعراف العرب في الجاهلية ، وجاءت النصوص الشرعية بنظام تشريعي خضع له الجميع وتركوا ما تعارفوا عليه استجابة لأمر الله تعالى إذ يقول : وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا (٣) .

(١) رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٦

(٢) ج ٩ ص ٢٠

(٣) سورة الحجر ٧

والخلاصة : أن العرف إذا خالف النص الشرعي فإنه غير معتبر ، ولو كان عرفاً عاماً حيث ورد النص بخلافه لأن النص ملزم للناس بما يدل عليه . أما حمل العرف في موضع لا نص فيه أو ما جاء من الأحكام المطلقة التي تحتاج في تفصيلها إلى العرف . كما ذكر في الحديث عن وجوب النفقة على الزوج وغير ذلك مما رجع في تفصيله إلى العرف . أما ما جاءت فيه النصوص أمرة وصريحة في وجوبه فيجب أن يتبع ، وما جاءت النصوص فيه أمرة وصريحة في النهي عنه وإبطاله فيجب تركه ، فإذا تعارف الناس شيئاً منه فلا عبرة لذلك العرف لأنه لا يستند إلى أصول الشريعة بحال من الأحوال ، والتعامل الجاري اليوم بالربا وشرب الخمر وإباحة الإتيان فيها وقضاء المحاكم في المعاملات الربوية في كثير من البلاد الإسلامية ، إنما يستند إلى القوانين الوضعية التي تخضع في كثير منها لرأى وأحكامها (١) .

الموضع الثاني : ألا يكون العرف مبطلاً للنص الشرعي ويمكن تنزيهه على النص أو التوفيق بينهما . والكلام في هذا الموضوع في مسألتين :

١ — أن يخالف العرف النص في بعض وجوهه :

٢ — أن يخالف العرف النص الشرعي المبني على العرف الذي كان وقت التشريع أي عرف طارئ على العرف الذي ورد فيه النص الشرعي .  
أما المسألة الأولى وهي :

إذا كان بين للعرف والنص معارضة أو مخالفة من بعض الوجوه فلا يصبر العرف حينئذ إلا إذا كان عاماً أو خاصاً قرره السنة أو أقره النص ،

---

(١) يراجع ما تقدم في ( سلطان العرف ) والدخل الفقهي العام للزواجا ج ١ ص ٨٧٣ وما بعدها .

وعلى ذلك فيخصص العرف النص إذا كان عاماً ويقيده إذا كان مطلقاً  
وليس في هذا ترك للنص أو لإبطال له بل فيه إعمال لهما بقدر الإمكان  
فيحمل النص على حالة خاصة ويعمل بالعرف فيما عداها وإن خالف القياس  
لأن العرف مقدم على القياس ورعايته أولى .

ومثال ذلك : أن النبي ﷺ نهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ولا يملكه  
وجاء في ذلك قوله ﷺ للحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك . فإن  
هذا النص عام ومع ذلك قال الفقهاء : يجوز الاستصناع للتعامل الجاري  
به بين الناس من عهد الصحابة والتابعين وغيرهم من غير تمكيز مع أن  
النص يشملها إذ يصدق على الاستصناع أنه بيع ما ليس عند الإنسان  
فيكون منهياً عنه بالنص ، ولكن لم يلزم منه لإبطال النص والقضاء عليه ،  
بل عمل بالنص والعرف معاً فعمل بالعرف في الاستصناع وبالنص فيما عداه  
فلم يترك النص بالعرف كلياً .

وفي ذلك يقول ابن عابدين (١) :

« إن ورد الدليل عاماً والعرف خالفه في بعض أفرادها .. فإن العرف  
يعتبر إذا كان عاماً والعرف العام يصلح تخصيصاً ويترك به القياس كما  
صرحوا به الاستصناع به ودخول الحمام والشرب من السقاء » .

وقال في رسالة عقود رسم المفق (٢) :

« إن العرف العام لا يعتبر إذا ألزم منه ترك المنصوص عليه وإنما يعتبر  
إذا ألزم منه تخصيص النص والعرف والخاص لا يعتبر في الموضوعين وإنما  
يعتبر في حق أهله فقط إذا لم يلزم منه ترك النص الشرعي ولا تخصيصه » .

(١) رسالة نور العرف (رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٩) .

(٢) رسالة عقود رسم للمفق ج ١ ص ٤٨ . ويراجع رسالة العرف والعادة ص ٦٣ .



وكذلك قال الفقهاء في لفظ القرابة في الوصية إذا قال أوصيت لأقارب فإنه يشمل الورثة وغيرهم عرفاً لكن لا يعمل بهذا التعميم في الوصية لخالفته أقول النبي ﷺ الوصية لو ارث ، وسبأني مزيد بيان لذلك في (العرف وتخصيص الإمام) .

المسألة الثانية : أن يخالف العرف النص الشرعي الذي كان في وقت التشريع مستنداً إلى العرف ثم طرأ عرف على العرف الذي ورد فيه النص الشرعي ، والشرط كما تقدم ألا يخالف العرف النص الشرعي .

ولكن النص الشرعي إذا كان حين وروده عن الشارع مبنياً على العرف القائم ومعللاً به فإن النص حينئذ يدور حكمه مع العرف وجوداً وهدماً .

وقد اختلف الفقهاء مع ذلك في اعتبار العرف الطاريء المخالف للعرف الذي ورد فيه النص وكونه يصلح مناطاً لحكم النص أم لا . فقال الجمهور : لا يصلح مناطاً للحكم ولا اعتباره ، وقال أبو يوسف — رحمه الله تعالى — يعتبر العرف الطاريء ودون العرف القائم وقت ورود النص لأنه معلل به .

ومثال ذلك أنه :

من المقرر شرعاً أن الأموال التي احتيرها للشارع من الأنواع الربوية يتمتع فيها ببيع مقدار بأكثر منه أو أقل إذا كانا من جنس واحد لأن الفضل حينئذ ربا وهو محرم شرعاً ، فإذا تساوى البدلين فيجوز .

وهذا الحكم قائم على أساس وجوب تساوى البدلين في الجنس الواحد ، واتفق الفقهاء على أن التساوى يعتبر شرعاً بالتساوى العرفي في كل صنف

فما كان وزناً عرفاً كالويت والسمن وجب تساوى الكيتين فيه بالوزن  
وما كان كيلياً عرفاً يجب التساوى فيه بالكيل . . وإذا تبدل العرف  
في مقياس عي فاصبح كيلياً بعد ان كان وزناً أو اصبح وزناً بعد ان كان  
كيلياً وجب اتباع العرف في ذلك المقياس ووجب تساوى البديلين بموجب  
المقياس العرفي الجديد .

وقد ورد النص الشرعى بتحريم الربا في ستة اصناف (هى الذهب  
والفضة والبر والشعير والنثر والملح) واعتبر التساوى في الذهب والفضة  
بالوزن وفي الاصناف الاربعة بالكيل وذلك تبعاً للعرف القائم  
وقت ورود النص الذى اعتبر للعرف في بيان مقدار التساوى في  
هذه الاصناف .

فقد جاء في حديث عبادة بن الصامت الذى رواه مسلم ، قال :

« سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب  
والفضة بالفضة والنثر بالنثر والبر بالبر والشعير بالشعير والملح  
بالملاح إلا سواء بسواء عيناً بعين فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، ا هـ .

وقد اختلف للمفهاء في علة تحريم الربا كما اختلفوا في المقياس الذى  
يعتمد في التساوى بين هذه الاصناف ، فهذان مقامان بياهما كالآتى :

المقام الأول : الاختلاف في علة تحريم الربا ومذاهب العلماء  
في ذلك .

قال المالكية :

العلة في الذهب والفضة كونهما نقدين تقوم بهما الاشياء في البيع

والشراء وجميع المبادلات المالية ، والعلة في البر والشعير والنمر والملح هي كونها مقتاته مدخرة ، وعلى ذلك فإذا تعارف الناس يوماً اقتبأت ثوبه غيرهما وادخاره فإنه يحرم فيه الربا ، وكذلك قالوا : إن ما يستعمل في النقود بدلاً من الذهب والفضة فإنه يحرم فيه الربا تبعاً للعرف الذي يجري بذلك لأن العرف عند المالكية مبين للعلة ، فاستعمال غير الذهب والفضة في الأثمان عرفاً يصبح علة لتحريم الربا فيه شرعاً .

وقال النووي من الشافعية في باب الربا مبيناً علة التحريم في الأصناف الستة (١) .

د فاما الذهب والفضة فالعلة عند الشافعي - رضي الله عنه - فيهما كونهما جنس الأثمان غالباً ، اهـ .

ورأى الإمام الشافعي - رضي الله عنه - ذلك لأنهما كانا رائجين في الأثمان وقت ورود النص الشرعي وهي علة قاصرة عنده لا تتعداهما ، إلى غيرهما ولكن النووي - رحمه الله تعالى - ذكر أن غير الذهب والفضة إذا راج رواجهما كما في عصرنا اليوم فإنه يحرم فيهما الربا وبذلك قال بعض الشافعية .. فقال :

د ذكرنا أن علة الربا في الذهب والفضة عندنا كونهما جنس الأثمان غالباً ، قال أصحابنا وقولنا : غالباً احتراز عن الفلوس إذا راجت رواج النقود ، (٢) ثم قال : ( فرع ) وإذا راجت الفلوس رواج النقود لم يحرم

(١) المجموع فنووي ج ٢ ص ٣٩٢ وما بعدها .

(٢) أراد بالفلوس ما تعامل به الناس في الذهب والفضة كالنحاس وغيره كالأوراق النقدية الآن .

الربا فيها هذا هو الصحيح المنصوص وبه قطع المصنف والجمهور وفيه وجه  
شاذ أنه يحرم حكاة الخراسانيون ، اهـ .

وأقول : إن هذا الوجه الذي يجب العمل به في عصرنا اليوم لتحقيق  
العلة في أوراق النقد وغيرها مما يتعامل به الناس اليوم ، وهذا يتفق ورأى  
المالكية السابق .

وكذلك قال الشافعية — رضى الله عنهم — في بيان علة الأصناف  
الأربعة غير الذهب والفضة هي كونها مطعمة فطردوا ذلك في كل مطعوم .

أما الحنفية — رحمهم الله تعالى — فقد قالوا : إن العلة في الذهب  
والفضة الوزن مع الجنس وفي الأصناف الأربعة الكيل مع الجنس فلا  
يتحقق الربا إلا باجتماع الوصفين وهما القدر والجنس .

وقال الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن — رضى الله عنهما — : ما ورد  
بالنص بأنه موزون فهو موزون أبداً وما ورد بالنص بأنه مكيل فهو مكيل  
أبداً ولا اعتبار للعرف مع المنصوص عليه . قال الكمال بن الهمام (١) :

« وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه  
مكيلاً فهو مكيل أبداً وإن ترك الناس الكيل فيه حتى لا يجوز بيعه وزناً  
وإن تماثل في الوزن إلا أن علم أنهما متماثلان في الكيل أيضاً . وكل  
ما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون أبداً مثل الذهب والفضة  
لأن النص أقوى من العرف ، ثم قال : « وما لم ينص عليه رسول الله  
صلى الله عليه وسلم فهو محمول على عادات الناس في الأسواق لأن العادة

دالة على الجواز فيما وقعت عليه لقوله — صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لأن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص وزاد الشافعي — رضى الله عنه — أن ما كان مستخرجاً من أصل فهو تبع له كاللديق اهـ .

هذه هي آراء الفقهاء في علة تحريم الربا ، وما ذكر الحنفية أنه علة وهو الوزن في جنس أو السكيل في جنس اعتبره الفقهاء من المعيار الدال على التساوى في البدلين .

### المقام الثاني : الاختلاف في المعيار الشرعى :

قال جمهور الفقهاء وأبو حنيفة — رضى الله عنهم — : إنه يعتبر في خصوص هذه الأشياء المعيار الشرعى الذى ورد به النص فأورد أنه مكيل فهو مكيل أبداً وماورد أنه موزون فهو موزون أبداً ولا عبرة للعرف لأن هذا نص خاص في المعيار الشرعى في هذه الأصناف فلا يعتبر العرف إذا خالفه . وقال الإمام أبو يوسف رضى الله عنه :

« إن المعيار الشرعى في هذه الأشياء يرجع فيه إلى العرف والله يتبدل بتبدل العرف لأن النص محل به . بمعنى أن ما ذكر في الحديث المتقدم من الذهب والفضة كان التساوى بالوزن فيهما معروف وقت ورود النص ، والأصناف الأربعة الأخرى كان التساوى فيها بالسكيل المتعارف وقت ورود النص ، فإذا ما ورد النص بتحريم المفاضلة في هذه الأصناف فقد قصد المفاضلة في الوزن أو السكيل حسبما جرى به العرف ، ولو كانت العادة قد جرت بالوزن فيما يكال أو السكيل فيما يوزن لورد النص على وفق العادة ، وعلى ذلك فالعرف هو المنظور إليه والمعمل عليه في بيان المعيار في الأصناف الربوية فإذا ما تغيرت العادة وتبدل العرف اعتبر في ذلك بمادة كل جهة في السكيل والوزن .

هذا هو ما ذكره الإمام أبو يوسف - رضى الله عنه - وليس فيه ترك للنص وإنما أراد تعميل النص بالعرف حيث كان النهى عن التفاضل فيها تبعاً للمعيار في الوزن والكيل بناء على العرف وقال ابن نجيم في الأشباه<sup>(١)</sup>:

« وفيما لا نص فيه من الأموال الربوية يعتبر العرف في كونه كيلياً أو رزقياً وأما المنصوص على كيله أو وزنه فلا اعتبار بالعرف فيه عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - خلافاً لأبي يوسف » اهـ .

وبعد أن ذكر الكمال بن الهمام عليه تحريم الربا في الأصناف الستة وذكر آراء أئمة الحنفية في المعيار الشرعى ذكر ما يفيد أنه يميل إلى رأى أبي يوسف - رضى الله عنه - فقال : وعن أبي يوسف - رحمه الله تعالى - أنه يعتبر العرف في المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك لمكان العادة . وكانت هى المنظور إليها وقد تبدلت فتبدل الحكم .

وأجيب : بأن تقريره - صلى الله عليه وسلم - لإباهم على ما تعارفوه من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لأن العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفاً .

ثم قال : « ولا يخفى أن هذا لا يلزم أباً يوسف لأن قصاره أنه كمنه على ذلك ، وهو يقول : إنه يصار إلى العرف الطارىء بعد النص بناء على أن تغير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان - صلى الله عليه وسلم - حياً لنص عليه على وزن ما ذكرناه في سفية التراويح من أنه - صلى الله عليه وسلم - لم يواظب عليها بل فعلها مرة ثم ترك . لكن لما بين عذر

خشية الافتراض — على معنى لولاه لواظب — حكم بالسنية مع عدم المواظبة — أى منه — صلى الله عليه وسلم — لانا أماناً من بعده الفسخ لحكمنا بالسنية فكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التي جاء النص باعتبارها إلى عادة أخرى تغير النص والله أعلم ، ا هـ .

وهكذا حاول السكال بن الهمام ترجيح رأى الإمام أبى يوسف — رحمه الله تعالى — فانه علل النص بالعرف القائم وقت وروده فاذا تغير العرف وطراً عرف آخر وجب اعتباره حيث يترتب على ذلك الحكمة والمصلحة التي من أجلها شرع الحكم . وهو كما يرى السكال : من باب الحكم المغيا بغاية ، وهي انتهاء العلة أو تبدلها بأخرى والحكم يتبع علته وجوداً وعدمًا . ومثل لذلك بقيام رمضان : فقد ثبت أن النبي — صلى الله عليه وسلم — لم يواظب عليه مع فعله أكثر من مرة ، وعلل ذلك وبين عذره فيه وهو خشية الافتراض فلما توفي رسول الله — صلى الله عليه وسلم — ولأمن التسخ أو الافتراض . حكم الفقهاء بالسنية مع عدم مواظبته — صلى الله عليه وسلم — وذلك في عهد عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — فقد دخل المسجد في رمضان فوجد فيه جماعات متعددة يصلون صلاة القيام فلم يجبه ذلك ، وقال : لو جمعت هؤلاء على إمام واحد ، ثم جمعهم في الصلاة على أبى بن كعب — رضى الله عنه — في المسجد ، ونظر إليهم وهم على هذه الحالة فقال : « إنما بدعة ونعمت البدعة » .

فكذا النص المبني على العرف كالمغيا بغاية وليس في هذا مخالفة للنص بل تأويل للنص وإعمال له — ورأى أبى يوسف — رحمه الله تعالى — هو الذى رجحه أيضاً الباری في ( العناية شرح الهداية ) وخرج عليه استقراض الدراهم عدداً وبيع الدقيق وزناً على ما هو المتعارف عند الناس ، كما رجحه أيضاً : صاحب الدر المختار وابن عابدين إذ يقول :

« لو تعارف الناس ببيع الدراهم بالدراهم واستقراضها بالعدد كما في زماننا لا يكون مخالفاً للنص فاقه تعالى يحزى أبا يوسف عن أهل هذا الزمان خير الجزاء فلقد سد عنهم باباً عظيماً من الربا » (١) .

وهذا الرأي قال به : بعض أئمة الزيدية وردوا غيره من الآراء .

قال صاحب البحر الزخار (٢) :

« قال الإمام زيد بن علي والقاسم والهادي والناصر : والاحتياط بعادة البلدان في المكيال والموزون إذ ورد تحريم التفاضل فيهما مطلقاً فاعتبر بعادة كل جهة فيما يكال أو يوزن كاعتبار نقد البلد في الأثمان والرطل والمان هو قال المؤيد بالله الأملئ ويحيى بن حمزة ورواية عن الشافعي : بل العبرة بعادة المدينة في المكيال وبمكة في الموزون لقوله — صلى الله عليه وسلم المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة » .

ولا يحتمل سوى ما ذكرنا وقال ( أبو حنيفة ) : بل ما كان مكيلاً أو موزوناً في عهد النبي — صلى الله عليه وسلم — اعتبر للخير ومالا بالعرف إذ لانس .

( قلت ) : الخبر لا يقتضي بظاهره ما ذكروره وإليه — صلى الله عليه وسلم — أراد أنه يرجع إلهماء عند اللبس فإذا أطلق القفيز أو الرطل والتبس مقدارهما رجع إلى قفيز المدينة وإلى رطل مكة إذ هما منشأ ذلك فهذا أقرب إلى ظاهر الخبر . ( فرع ) فإن اختلف في التقدير اعتبر الأغلب في البلد فإن لم يمكن أغلب خير كتمارض الأمارتين ١ هـ .

(١) يراجع فتح القدير وبهامشه : العناية ج ٦ ص ٢٨٢ وشرح الدر المختار ج ٢ ص ٢٥٧

ورسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٨٨

(٢) ج ٢ ص ٣٢٥



هذا ورأى الإمام أبى يوسف - رحمه الله تعالى - أقوى حجة وأقوم  
محجة وقد وافقه كثير من فقهاء الحنفية وبعض أئمة الزيدية وغيرهم - وهذا  
الرأى هو الموافق للعرف للناس اليوم فإن القر والمخ والبر والهمير والدقيق  
وغيرها تباع مكيلة وموزونة وكذلك النقود أصبحت اليوم يتعامل الناس  
فيها هدداً لا وزناً كما راجت في غير الذهب والنقضة فتأخذ حكمها ويحرم  
التفاضل فيها ، وهو ما روى عن بعض الشافعية ومفهوم مذهب المالكية .  
وهذا الرأى أرفق بالناس وفيه من التيسير ورفع الحرج ما يوافق طبيعة  
الفقه الإجمالى وروحه وسماحته وهو الذى قال به المتأخرون من الفقهاء .

## رأى علماء القانون في مخالفة العرف لنصوص التشريع

نصت المادة الأولى من القانون المدنى على أن النصوص التشريعية  
تسرى على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى إبطالها أو فى إبطالها ،  
ومعنى هذا : أنه يبحث فى القانون أولاً عن القاعدة التى تنظم ما يعرض من  
أمر ولا يبدل عنه إلا إذا لم يوجد نص أو قاعدة قانونية وإذا جاء فى  
الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى : د فإذا لم يوجد نص  
تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، أ هـ .

وأياً ما كان الأمر فلا خلاف فى القانون المدنى المصرى على تقديم  
مرتبة التشريع على العرف لأنه هو المصدر الأول من مصادر القانون ولذا  
تأخرت مرتبة العرف عن التشريع فأصبح العرف لا يملك إلغاء التشريع  
أو مخالفته وعلى العكس من ذلك فالتشريع يملك إلغاء العرف ومخالفته  
وإلى ذلك تشير المادة الثانية من القانون المدنى فتقول : لا يجوز إلغاء نص  
تشريعى إلا بتشريع لاحق .

وتقول المذكرة التحضيرية فى هذا العدد : د إن النص على عدم جواز

نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق ، اهـ .

ويذكر بعض علماء القانون أن مبدأ عدم مخالفة العرف للتشريع أو إلغائه مطلق بالنسبة لنصوص التشريع الآمرة ما يحمي منها المصالح العامة وما يحمي المصالح الخاصة على السواء ولا يقر أصحاب هذا الرأي ما يراه بعض علماء القانون من جواز مخالفة العرف لنصوص التشريع الآمرة المقصود منها حماية المصالح الخاصة لأن مثل هذه النصوص لا تقل عن النصوص الآمرة التي تحمي المصالح العامة من حيث الأهمية في حماية النظام العام ولذا لا يجوز الترخص في مخالفتها أو إلغائها إلا بنصوص تشريعية آمرة .

ويرى بعض علماء القانون أن العرف له القدرة على إلغاء التشريع ، ويعلمون ذلك بأن العرف هو الذي انهدأ القواعد القانونية واعترف له المقننون بذلك فلا ينبغي أن ينكر على العرف قوته في إلغاء التشريع ، وقال بعضهم : إن العرف التجاري يملك مخالفة التشريع ونصوصه الآمرة ولكنه ليس رأياً عاماً لعلماء القانون ، فقد قال الدكتور حسن كبره مايلي :

« أما ما يراه بعض الفقهاء من جواز مخالفة العرف التجاري خاصة للنصوص التشريعية الآمرة فنقول لا يمكن التسليم به على إطلاقه ، إذ لا يمكن بحال من الأحوال ( والمبدأ هو تقديم مرتبة التشريع على العرف تبرير مخالفة العرف التجاري لنصوص القانون التجاري الآمرة أيما كان نوع المصالح التي تحميها هذه النصوص إنما كل ما يمكن تبريره في هذا الشأن هو جواز مخالفة العرف التجاري لنصوص القانون المدني الآمرة إذ الواقع أنه ليس في هذا إهدار لمبدأ تدرج المصادر الرسمية للقانون أو تغليب العرف على التشريع ، وذلك أن الأمر لا يمدو تحديد نطاق تطبيق كل من القانون التجاري والقانون المدني ، اهـ .

ويعمل ذلك بأن القانون المدني هو الأصل والقانون التجارى هو  
النفوخ فإذا لم يوجد نص فى القانون التجارى يرجع إلى القواعد العادة فى  
القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة فى المعاملات الخاصة بالأفراد فإذا  
وجد نص فى القانون التجارى فلا حاجة للقانون المدنى وبذلك لا يقوم تنازع  
بين العرف التجارى والقانون المدنى لأن العرف التجارى الخاص ثبت له  
الأولية فى مجاله التجارى دون النصوص المدنية العامة .

ويجوز للعرف لدى علماء القانون مخالفة النصوص المفسرة أو المكملة  
دون إلغائها إذ هى نصوص يجوز للأفراد مخالفتها ومن باب أولى يجوز  
أن يفتأ عرف يخالف لهذه النصوص فى الجماعة ولذلك عنى المشرع فى  
القانون المدنى بالنقبة فى بعض النصوص المفسرة أو المكملة إلى أن هذه  
النصوص لا تسرى إذا وجد عرف يخالف لها . فاستبعد تطبيقها دون  
إلغائها . ومثال ذلك ما تنص عليه المادتان ( ٤٥٦ : ٤٥٧ ) من أن الثمن  
يسكون مستحق الوفاء فى المكان والوقت الذى يسلم فيه المبيع مالم يوجد  
اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . وتنص المادة ( ٤٦٤ ) من أن نفقات تسلم  
المبيع على المشتري مالم يوجد عرف أو إتفاق يقضى بغير ذلك . وتنص  
المادة ( ٦٥٦ ) فى صدد عقد المعاولة من أنه يستحق دفع الأجرة عند تسلم  
العمل إلا إذا قضى عرف أو الإتفاق بغير ذلك .

ففى مثل هذه الحالات تطبق القاعدة العرفية إن وجدت رغم وجود  
قاعدة قانونية ولا تطبق إلا حيث لا يوجد اتفاق أو عرف (١) .

---

(١) يراجع فى ذلك أصول القانون لسنهورى وأبن ستييت ص ٩٩ ، ٢٥٢ ولدكتور حسن  
كبره أصول القانون ص ٣٧٥ والمدخل للقانون ص ٢٢٠ - ٢٢٢ ، والمذكورة التمهيدية لقانون  
المدنى ٠٠ والوسيط شرح القانون المدنى لسنهورى ٠٠ فى المادة الأولى والمواد المذكورة وغيرها .

## الشرط الرابع : ألا يعارض العرف تصریح بخلافه

لقد سلف : أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، وأن الأمر المتعارف ينزل منزلة الشرط باعتبار أن ترك التصريح به إنما هو اعتناء على العرف فإثبات الأمر المتعارف في هذه الحالة إنما هو من قبيل الدلالة ، فإذا صرح العاقدان بخلاف العرف فلا اعتبار للعرف لأن من القواعد الفقهية المقررة « لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح » .

ومثال ذلك ما إذا كان العرف أن تكون نفقات تسلم المبيع على المشتري ثم اتفق العاقدان على أنها على البائع فيعمل بذلك الذي اتفق عليه ، وكذلك إذا كان العرف أن يعمل العامل مدة من الزمن ( سبع ساعات مثلاً ) فإذا استأجر رجل من يعمل عنده مدة أقل أو أكثر من المتفق عليها فليس للعامل أن يعمل مدة أقل من المتفق عليها .

وإذا كان العرف يقتضي أن تكون مصاريف تسجيل العقد على المشتري واتفق العاقدان على أن تكون على البائع عمل بهذا الاتفاق ولا عبرة للعرف مع النص على مخالفته . وكذلك إذا كان العرف عند التجار : أن تباع بعض السلع نقداً واتفق العاقدان على بيعها بالقسط أو إلى أجل فإنه يعمل بذلك الشرط ولا يلتفت إلى العرف ، أو يكون العرف في الزواج تأجيل بعض المهر إلى ما بعد الدخول أو تأجيله واتفق العاقدان على خلاف العرف فإنه يعمل بما اتفق عليه ، وقد قال الفقهاء في ذلك « إن العقد شريعة المتعاقدين » .

وقال العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام (١) :

« كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به صح ، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوحب النهار بالعمل من غير أكل وشرب يقطع المنفعة لزمه ذلك ، ولو شرط عليه أن يعمل شهراً في الليل والنهار بحيث لا ينام ليلاً ولا نهاراً فالذي أراه بطلان هذه الإجارة لتعذر الوفاء به فكان ذلك غيراً لا تمس الحاجة إليه ، اهـ .

ويقول الأستاذ علي حيدر في شرح المادة ( ٢٦ ) من مجلة الأحكام العدلية :

« إن العرف حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد العاقدين فهو استأجر شخص أجيراً للعمل من الظاهر إلى العصر فقط ليس له أن يلومه بالعمل من الصباح إلى المساء بحجة أن عرف البلد هكذا ، اهـ .

وعلى ذلك لو تعارف الناس تأجير البيوت للسكنى ثم اتفق العاقدان على تأجيرها للاقتفاع بها في غير ذلك فلا عبرة للعرف مع التصريح بخلافه ، وكذلك الإعارة فإنها إذا كانت مطلقة فإن المستعير يستعمل الشيء المعار فيما يستعمل فيه عرفاً كالمسكة تماماً ، أما إذا قيدها المعير في الزمان والمكان ومقدار العمل فإنها تنقيد بما يقيد بها ، ولو كان مخالفاً للعرف إذ لا عبرة له في مقابلة التصريح والاتفاق على خلافه ، فلو استعار شخص دابة للركوب أو للحمل عليها فإن ذلك يعتبر إذناً بركوبها أو بتحميلها المعتاد في مثلها عرفاً : لكن لو نهاه المعير عن ركوبها أكثر من مدة معينة أو تحميلها أكثر من قدر معين لم يجز للمستعير أن يزيد على ذلك ولو كان ما زاده لا يتجاوز المعتاد فإن زاد كان متعدياً وفي حكم الغاصب وكان ضامناً للدابة إذا تلفت إذ يعتبر متعدياً .

وكذلك لو جرى العرف بأن تأخذ الزوجة نفقة بقدر ربع مرتب الزوج إذا كان موظفاً ثم اتفق الزوجان على أن تكون النفقة أقل أو أكثر من هذا القدر فإنه لا اعتبار للعرف ويجب على الزوج ما اتفق عليه<sup>(١)</sup>.

**الشرط الخامس :** أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف

وذلك بأن يكون العرف سابقاً ومقارناً للتصرف عند إنشائه لأن كل من يقوم بتصرف من التصرفات القولية أو العملية إنما يتصرف بحسب ما جرى به العرف ويقصد من كلامه ولفظه ما تعارف عليه الناس عند القيام بالتصرف ليصح الحمل على العرف القائم.

وعلى ذلك فإنه إذا حدث أو طرأ عرف بعد إنشاء التصرف فلا عبرة به ولا يقضى به على من سبق ولا على الذين لم يتعارفوه ..

قال السيوطي في الأشباه<sup>(٢)</sup> :

«العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر».

وزاد ابن نجيم على ذلك قوله : ولذا قالوا لا عبرة بالطاريء ..

وعلى ذلك لو ألزمتنا الإنسان بما جرى به عرف غير قائم وقت التصرف لا لزمنه بما لم يلتزمه ولذا صرح الفقهاء بأن العرف المعتبر هو عرف الزمن والبلد الذي وجد فيه التصرف ..

قال ابن نجيم :

«والأحكام تبنى على العرف فيعتبر في كل إقليم وفي عصر عرف أهله اهـ».

(١) يراجع ما تقدم في معنى اعتبار العرف والعرف والنفقة الواجبة على الزوج :

(٢) ص ٩٢ وابن نجيم ص ٥٠

(١٠) — أثر العرف

وقال ابن عابدين في رسالته ( عقود رسم المفتي ) (١) :

د تجرى الألفاظ والعقود في كل بلدة على عادة أهلها وبراد منها ذلك المعتاد منها بينهم ويعاملون بما يقتضيه ذلك من صحة وفساد وتحريم وتحليل وغير ذلك لأن المتكلم إنما يتكلم على عرفه وعادة ويقصد ذلك بكلامه وإما يعامل كل أحد بما أراده ، اهـ .

وقال ابن القيم (٢) :

د فإياك أن تهمل قصد المتكلم ونيته وعرفه فتجنى على الشريعة وتفسد إليهما ما هي بريئة منه وتلزم الخالف والناذر والعاقد ما لم يلزمه الله ورسوله به ، اهـ .

وذكر الإمام الشاطبي في الموافقات (٣) :

إن المرائد تختلف باختلاف الأعصار والامصار والأحوال وغير ذلك من الأمور التي تتغير من زمن إلى زمن وبلد إلى آخر ، ولذا فإنها لا يقضى بها أئمة على من تقدم حتى يقوم دليل على موافقة العرف الجاري اليوم لما سبقه فيكون الدليل هو الذي جعلنا نقضى به على الماضي لا بمجرد العادة وكذلك في المستقبل لا يحكم فيه بالعادة الماضية أو العرف السابق لأنها غير مستقرة في ذاتها وحيث كانت غير مستقرة لا يتأتى الحكم بها إلا على التصرف الحادث وقت قيامها .

ويقول القرافي في شرح التنقيح (٤) :

(١) رسالة عقود رسم المفتي ج ١ ص ٤٨ ؛ رسائل ابن عابدين .

(٢) أعلام الموقعين ج ٣ ص ٦٨

(٣) (٤) ص ١٩٤

(٣) ج ٢ ص ٢٩٧ ، ٢٩٨

« القاعدة أن من له عرف أو عادة في لفظه إنما يحمل لفظه على عرفه .  
أما العادات الطارئة بعد النطق فلا يقضى بها على النطق فإن النطق سالم عن معارضتها  
فيحمل على اللغة : ونظيره إذا وقع عقد البيع فإن الثمن يحمل على العادة  
الحاضرة في النقد وما يطرأ بعد ذلك من العادات في النقود لا عبرة به في  
هذا البيع المتقدم ، وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العادة  
عليها لا تعتبر وإنما يعتبر من العادات ما كان مقارناً لها » اهـ .

وعلى هذا فإنه لا يقال : إن العرف يؤثر في التصرفات السابقة  
والمعاملات التي جرت قبل حدوثه لأن في ذلك إخلال بالاستقرار الواجب  
للمعاملات التي تجري بين الناس حيث أن كلا منهم يتصرف ويتعامل وهو  
مطمئن على تصرفه الموافق لما تعارف عليه الناس وجري بينهم وأنه إذا  
تغيرت العادة أو تغير العرف فإن ذلك لن يؤثر على تصرفه الموافق لما تعارف  
عليه الناس وجري بينهم وقت قيام التصرف كما لا يؤثر العرف الذي سبق  
على التصرف ولم يعد قائماً ، وإذا قال الفقهاء لا عبرة بالعرف الذي حدث  
بعد التصرف ، فهذا هو ما يشير إليه ما تقدم في تعريف العرف من شرط  
الاستقرار في النفوس والاستمرار عليه .

ومن الفروع الفقهية التي أذكرها الفقهاء في هذا الصدد ما يدخل في البيع  
تبعاً وما لا يدخل ، وما يعد عيباً في المبيع وما لا يعد ، وتعجيل المهر  
أو تأجيله في النكاح وغير ذلك من الأمور فإن العرف القائم وقت التصرف  
هو المحكم دون غيره من السابق له أو اللاحق عليه .



## نتيجة الشروط المتقدمة

أن يصبح العرف ملزماً

إذا اجتمعت الشروط الخمسة المتقدمة في العرف أصبح ملزماً ومعتبراً في التشريع، وهذا المعنى يشير إليه قول الفقهاء: (المعروف عرفاً كالشروط شرطاً)، (والمعروف بين التجار كالشروط بينهم)، (والعادة محكمة) فالعرف ملزم إذا كان لفظ الإنسان أو عمله موافق لما جرى به العرف والاستعمال.

وقال الفقهاء: إن كل متكلم أو متصرف بالقول أو بالفعل إنما يحمل تصرفه على عرفه.

وقد قال القرافي في الفروق:

« إن لفظ الطلاق إنما أزال العصمة بغير الوضع اللغوي بل بالوضع العرفي وهو مجاز عن اللغة لا حقيقة وفائدته أنه إنما يفيد زوال العصمة بالعرف والعوائد، وإنما مدرك إفادته كذلك لتنقلنا معها كيف تنقلت لأنها المدرك، وإذا كان الموجب هو الوضع اللغوي وجب الثبوت معه وإلزام الطلاق به حتى تظراً عادة ناسخة لاقتضاء ذلك فيكون اللزوم هو الأصل حتى يطرأ الناسخ المبطل، إذا قلنا بها ووجب بالعادة كان الأصل هو عدم اللزوم من قبل اللغة حتى يثبت اللزوم من جهة العرف » ١٥٠.

والإمام القرافي بذلك يضعنا أمام معنى الإلزام في العرف حتى يأخذ الصفة التي أعطيت له بمعنى كونه العرف كالشرط أو كالثابت بالنص عليه بين المتعاقدين، وذلك إذا ما تعارف الناس على اللفظ أو الفعل حتى

يصبح معناه العرفي هو المتبادر ويثبت بذلك اللزوم من جهة العرف حتى  
تطراً عادة ناسخة وإلا وجب العمل بمقتضاه .

والناظر في الفروع الفقهية المبينة على العرف يرى أن العرف الذي  
يأخذ صفة الإلزام ليس مطلقاً عرف ، بل هو العرف الذي يتضمن حقاً  
من الحقوق على وجه الإلزام ، أو ما يترتب عليه إلزام بشيء لفظ الإطلاق  
كما ذكر القرافي — وكذلك إذا جرى العرف بأن على المشتري أن يدفع  
الثمن بمجرد تسلم المبيع وغير ذلك ، والعرف الملزم هو المعتبر في التصرفات  
والمعاملات .

وأما العرف غير الملزم الذي لا يترتب عليه حقاً من الحقوق أو الذي  
فقد شرطاً من الشروط المتقدمة فلا يصلح مستنداً في إثبات الحقوق  
وبناء الأحكام عليه ، كما أن العرف ملزم للذين اتبعوه ونهملوا به وقد جات  
عبارات الفقهاء صريحة في ذلك .

قال القرافي في الفروق (١) :

« إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمتك يستفتيك لا تجهده على عرف  
بلدك واسأله عن عرف بلده وأجره عليه واقتد به دون عرف بلدك  
والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح » .

ويقول النووي في مقدمة المجموع (٢) :

« لا يجوز للفتي أن يفتي في الأيمان والإقرار ونحوهما بما يتناقض »

(١) (٢) أعلام الموقعين ٣ من ٦٨

(١) ج ١ ص ١٧٦ ، ١٧٧

بالألفاظ إلا أن يكون من أهل بلد اللفظ أو متزلاً منزلاتهم في الخبرة  
بمرادهم من المأظهم وعرفهم .

ويقول ابن القيم<sup>(١)</sup> :

« فإياك أن تهمل قصد المتكلم ونية وعرفه فتجنى على الشريعة  
وتنسب إليها ما هي بريئة منه وتلزم الحالف والناذر والعاقد ما لم يلزمه الله  
ورسوله به . »

هذا وغيره مما ذكره الفقهاء فيما تقدم يتبين منه معنى الإلزام ومداه  
ومن الفروع المخرجة على ذلك ما ذكره ابن فرحون في التبصرة من  
أن الإمام مالكا - رضى الله عنه - قال : بأنه يلزم الزوج نفقة العرس  
إذا كان العرف قد جرى بذلك ولا يلزمه شيء منه إذا لم يجر به عرف .  
قال ابن فرحون : قال ابن القمام رضى الله عنه :

« سألنا مالكا عن تزوج امرأة فأصدقها صداقاً فطلبت منه نفقة  
العرس هل ذلك عليه أم لا ؟ قال : ما أرى ذلك عليه وما هو بصداق  
ولا شيء ثابت ولا هو لها إن مات ولا نصفه إن طلق فرد عليه وقيل له :  
يا أبا عبد الله : إنه شيء أجروه بينهم وهي سنتهم فتال : إن كان ذلك شأنهم  
فأرى أن يفرض عليهم . . . قال ابن القمام ، وإن تشاحوا فهو لم يكن لهم  
ذلك إلا أن يشترطوه » اهـ . . .

ولما تحاكم الغزاليون إلى شريح القاضي - كما سلف - وقالوا له : إن سنتنا  
بيننا كذا وكذا قال : سنتكم بينكم - أى سنتكم هي القاضية بينكم<sup>(٢)</sup> .

(١) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٦٦

(٢) فتح الباري ج ٤ ص ٣٢١ وعمدة القارى ج ٢ ص ١٦

هذا والذي جعل العرف يأخذ هذه الصفة - أي صفة الإلزام - فوق ما ذكر : أن العرف كما مر في معنى اعتباره في التشريع : لا تغني عنه نصوص الأحكام المطلقة والتي ترك التفصيل فيها للعرف مثل وجوب النفقة وغيرها . وكذلك فإن العرف تولد الحاجات المتجددة المتطورة في علاقات الناس وعاملاتهم التي تجري بينهم ولا بد منها ليستطيعوا مواجهة أمور الحياة (١) .

### شروط العرف عند علماء القانون :

إن العرف عند علماء القانون الوضعي مصدر من مصادر القانون وإذا لا بد من تحقق الشروط التي ذكرها فيه لكي يأخذ هذه الصفة وتكون له هذه المنزلة ، والشروط التي ذكرها علماء القانون بينها وبين الشروط التي ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية إتيانها إلى حد كبير .

وهذه هي الشروط التي فُكروها على سبيل الإجمال :

١ - أولاً ، يجب أن يكون العرف عاماً وليس المقطوعاً بل أن يكون شاملاً فقد يكون خاصاً بإقليم معين أو طائفة من الناس .

٢ - ثانياً ، أن يكون العرف قديماً فيتواتر العمل به مدة طويلة وتحديد تلك المدة مسألة موضوعية .

٣ - ثالثاً ، أن يكون ثابتاً فطرده اتباعه بطريقة منظمة غير متغيرة ولا منقطعة وهذه كذلك مسألة موضوعية .

٤ - رابعاً ، أن لا يتكون مخالفاً للنظام أو الآداب .

(١) برأيه ما تقدم في سلطان العرف في المجتمع ومعنى اعتبار العرف .

ويرى بعض الكتابين في أصول القانون : أن هذا الشرط لا يصدق إلا في حق الأعراف المحلية والمهنية حيث أن هذا العرف قد يتصادم مع ما استقر في الجماعة من قواعد تتعلق بالنظام العام والآداب . . أما العرف العام أو الشامل فلا يتأتى القول باشتراط هذا الشرط فيه لأنه باعتباره متكوناً في الجماعة كلها يسهم إلى حد كبير في تحديد مضمون النظام العام والآداب في الجماعة .

د خامساً ، أن يكون العرف ملزماً : وهذا هو الشرط الهام في نظر علماء القانون لأنه كما ذكرنا : أن مقتضى الإلزام في العرف أن يقوم في ذهن الناس — وجوب اتباع ما جروا عليه ، معتقدين أن مخالفته يقترب عليها جزاء قانوني كما يقوم القاضي بتطبيقه لأنه قاعدة قانونية ملزمة . ولذلك يقول علماء القانون : إنه يمكن رد هذه الشروط إلى ركنين يبرز فيهما أهميته شرط الإلزام .

١ — ركن مادي يتكون من صفات العموم والقدم والنجاة .

٢ — ركن معنوي وهو الإلزام .

وقالوا : إن العرف يستمد قوته الملزمة من إرادة الجماعة وأساس ذلك هو رضى الجماعة به وسيرهم عليه مع توافر عقيدة الإلزام التي تمكش عن رغبة الجماعة في جعله قانوناً . ويرى بعضهم أن العرف يستمد قوته الملزمة من إرادة المشرع ، وهذا لا يتعارض مع الرأي الأول ، لأن المشرع ليس إلا أداة الجماعة في التعبير عن القواعد القانونية التي ترتضيها تلك الجماعة ، فالعرف يستمد قوته الملزمة من إرادة المشرع وإرادة المشرع تستمد قوتها من إرادة الجماعة والمشرع يقف من العرف موقفين : أحدهما أن يصرح بالعمل به وحينئذ فإنه يجب العمل بالعرف ويصبح ملزماً ، وإذا لم يصرح بالعمل به ، وتركه فلم يصرح بإلغائه فهذا تصريح ضمني بإقراره ، لأن

المشرع يستطيع إلغاء العرف إذا أصدر قاعدة قانونية مخالفة لما جرى عليه العرف .

ويرى بعض علماء القانون : ان العرف يستمد قوته الملزمة من كونه ضرورة لتنظيم المجتمع حين لا يوجد تشريع أو يكون التشريع ناقصاً ، ويرى البعض أن هذا لا يجعله ملزماً . وكذلك فإن العرف تقتضيه حاجة الأمن والاستقرار في المعاملات التي جرى الناس فيها على تطبيق ما تعارفوا عليه واتبعوه زمناً طويلاً باعتباره ملزماً .

ويقول الدكتور حسن كيره :

« نستطيع القول : بأن العرف لا تقوم قوته الملزمة على أساس أن المشرع أو الدولة ترضى عنه فتقره بذلك ضمناً ، وإنما على أساس أن له قوة ملزمة ذاتية تفرض نفسها على المشرع أو الدولة فالعرف إذن لا يكون ملزماً لأن الدولة تطبقه بل الواقع أن الدولة إنما تطبقه لأنه ملزمة بذاته » (١) .

وإذا كان يوجد بعض الاتفاق بين الشروط التي ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية مع الشروط التي ذكرها علماء القانون إلى حد كبير إلا أن علماء القانون جعلوه مصدراً تشريعياً يستلزم لكي يكون كذلك أن نجتمع فيه الشروط المذكورة .

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اعتبروا العرف في بناء الأحكام إذا تحققت فيه الشروط المذكورة مع تبعيته الأصول التي يرجع إليها وعلى العموم فهو حلة ومناط للحكم عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ، كما سيأتي ( أول الباب الرابع ) .

---

(١) في ذلك أصول القانون للسنهوري وأبي سنيت ص ٨٧ وما بعدها . وأصول القانون للدكتور حسن كيره ص ١٥٣ ، ١٥٤ والمدخل للقانون له أيضاً ص ٢١٧ ويراجع ما تقدم في الفرق بين العرف والمادة عند علماء القانون .



## الباب الرابع

### في مدى اعتبار العرف في التشريع

---

ويشمل الآتي :

- ( ١ ) العرف ومصادر التشريع .
- ( ٢ ) العرف وأقسام التشريع .
- ( ٣ ) العرف الذي تحمل عليه الألفاظ .
- ( ٤ ) العرف وتخصيص العام .
- ( ٥ ) العرف وتقييد المطلق .
- ( ٦ ) العرف والإجماع .
- ( ٧ ) العرف والقياس .
- ( ٨ ) العرف والاستحسان .
- ( ٩ ) العرف والمصلحة .
- ( ١٠ ) العرف والاستصحاب .
- ( ١١ ) العرف وسد الذرائع .



بسم الله الرحمن الرحيم  
الحمد لله رب العالمين  
والصلاة والسلام على  
سيدنا محمد وآله الطيبين  
الطاهرين

والسلام على من اتبع الهدى

أما بعد

فإن الله قد علم

أنه لا اله الا هو

الغني عن كل شيء

الذي لا يلد ولا يموت

الذي لا يظلم ولا يظلم

الذي لا يظلم ولا يظلم

الذي لا يظلم ولا يظلم

الذي لا يظلم ولا يظلم

الذي لا يظلم ولا يظلم

الذي لا يظلم ولا يظلم

الذي لا يظلم ولا يظلم

الذي لا يظلم ولا يظلم

الذي لا يظلم ولا يظلم

الذي لا يظلم ولا يظلم

الذي لا يظلم ولا يظلم

## تمهيد

لقد تقدم الكلام عن معنى اعتبار العرف في التشريع الإسلامى وأدلته وشروط اعتباره ، وقد تبين أن الشريعة الإسلامية اعتبرت العرف وبنت عليه كثيراً من الأحكام حيث قامت الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع على اعتباره - كما تقدم - فامدى هذا الاعتبار . . ذلك ما سأحاول الإجابة عنه في هذا الباب . والله الموفق .

\*\*\*

### أولاً - العرف ومصادر التشريع

وهل العرف مصدر من مصادر التشريع ؟

إن مصادر التشريع الإسلامى الأصلية هي الكتاب الكريم والسنة المطهرة والإجماع والقياس . وقد اتفق الفقهاء عليها إذا ما استثنينا نفاة القياس ، كما ذكر الفقهاء الأدلة الأخرى التى لم يتفق عليها ومنها (العرف) وبعضهم لم يذكره فى هذه الأدلة - وإن اتفق الجميع على اعتباره فى التشريع ، وبعض الفقهاء الذين تحدثوا عن العرف قالوا : إنه دليل حيث لا دليل . فهل معنى ذلك أنه دليل شرعى كبقية الأدلة ؟

الحقيقة فى ذلك تتضح بالنظر فى الفروع المبنية على العرف - وكثير منها فى ثنايا هذه الرسالة - حيث يقين : أنه دليل المدعى أو المدعى عليه حيث لا دليل للدعوى شرعاً كاليمين والإقرار على صدق الدعوى أو عدم صدقها ، وكذلك يبين العرف المراد من تصرفات الشخص القولية والعملية وبيان الحقوق الواجبة ، وغيرها مما يترتب على التصرف ،

والحقوق الواجبة على الإنسان لزوجته وأولاده وأقاربه وغيرهم سواء كانت لفرد أو جماعة ، وكذلك ما جاء من الأحكام المطلقة في الشريعة ، فإنه يرجع في تفصيله وبيانه إلى العرف كما ذكر في النفقة الواجبة على الزوج لزوجته . وغير ذلك ، فيما تقدم .

وكذلك ذكر الفقهاء : أن دلالة العرف ترجع إلى الكتاب والسنة والإجماع فدلالته ليست ذاتية حتى يكون دليلاً مستقلاً في بيان ما ذكر .

ومثال ذلك : أنه وجبت النفقة بالكتاب والسنة وترك بيان مقدارها لما يجري به العرف فأفاد ذلك اعتبار العرف في تقدير النفقة ، وكذلك اعتباره فيما جاء مطلقاً من الأحكام . وقد حكى القرافي وابن العربي الإجماع على ذلك ، كما تقدم .

وإذا ما رأينا بعض الفقهاء يقولون : إن أدلة الأحكام منها العوائد كما ذكر القرافي في شرح التنقيح ، حيث قال : « إن أدلة الفقه تسعة عشر » وعد منها العوائد ، وذكر مثله ابن العربي حيث قال : « إن العادة دليل أصولي يبنى عليه الأحكام » . فإن فروع الفقه المالكي ، يتضح للنظر فيها أن المالكية مع شدة اعتبارهم للعرف قد اعتبروه في الأمور التي لم ينص عليها وجاءت أحكامها مطلقة في الشريعة . أما أنه دليل يندشى الأحكام أصلاً ويكون مصدراً من مصادر الأحكام الشرعية فهذا لم يقل به أحد من الفقهاء . فبناء الأحكام على العرف غير لإنشائها به . وأهل هذا ما يشير إليه الزركشي بقوله : « ومن زعم أن الأحكام وقعت على العادات فغلط بل هي مستأنفة »<sup>(١)</sup> اهـ . وكذلك تقدم في شروط اعتبار العرف « ألا يخالف للنص الشرعي » لأنه إذا خالفه فلا اعتبار له وكذلك من شرطه ألا يأتي من المعادين اتفاق أو تصريح بخلافه ، فلو كان دليلاً لما كان أقوى من الاتفاق الشخصي على مخالفته ويجب اتباعه .

وأما قول الفقهاء : ( العادة محكمة ) أى أنها تحكم عند النزاع فيما لم تقم عليه دينة وتكون هى الكاشفة عن الحكم ، وقولهم : ( إن الثابت بالعرف كالثابت بالنص ) فمعناه أن ما أجمله النص وبينه العرف فهو كالثابت بالنص وفى هذا المعنى جاءت عبارة ابن عابدين : ( الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى ) . وهذا هو ما أشارت إليه المادة (٤٥) من مجلة الأحكام العدلية : ( التعيين بالعرف كالتعيين بالنص ) ، وذكر ابن عابدين : أن قولهم ( الثابت بالعرف كالثابت بالنص ) أى ما تعارف عليه الناس ولم ينص عليه فى العقد فكأنه منصوص عليه فيه . وقد قالوا ( المعروف كالشرط )<sup>(١)</sup> .

وعلى هذا فالعرف من حيث هو عرف سواء أكان عرفاً عاماً أم عرفاً خاصاً لا يصلح أن يكون دليلاً شرعياً . ولذا فقول الفقهاء : أن العرف حجة فى إثبات الحكم الشرعى أو دليل على إثباته حيث لا دليل ، يكون مراداً به العرف الذى اصطلاح عليه الفقهاء واعتبروه أمانة كاشفة عن المصلحة التى دعت الناس إلى التعامل بما تعارفوه وحملتهم على التسلك به وكان ذلك سبباً فى شيوخه وانتشاره ، وهذه المصلحة إذا كانت حقيقية لا تعارض مع أصول الشريعة ومقاصدها العامة فإنها تعد حجة من المصالح المرسلة التى تناط بها الأحكام ، ولما إذا لم تكن مصلحة حقيقية وعارضت أصول الشريعة ومقاصدها العامة فإنها تكون وهمية ملافة لا أثر لها ولا اعتداد بها وحينئذ فالعرف الراجع إليها غير معتبر لأنه عرف فاسد<sup>(٢)</sup> .

---

(١) رسائل ابن عابدين ج ١ ص ٤٨ ، رسالة عقود رسم المفتى وراجع العرف العلمى

فيما تقدم .

(٢) براجع ( العرف والمصلحة فيما يأتى ) .

والعرف بعد ذلك بين المصادر والأدلة التي يستنبط منها الأحكام لا يعتبر دليلاً وإنما هو بجانب الأدلة الشرعية أمانة كاشفة عن المصلحة مبدئاً لعله الحكم الذي لا بد منه في الواقع والحوادث التي تتغير في كل زمان ومكان ، وبهذه الصفة يكون للعرف أثره في استنباط الحكم من الأدلة الشرعية كما يكون له أثره في التطبيق .

١ — أما بالنظر إلى الاستنباط ، فإن النص قد يتوقف في أخذ الحكم منه على العرف والعادة كما تبين في الأمثلة المذكورة في (معنى اعتبار العرف وأدلته) ، حيث إن للعرف أثراً كبيراً في التعامل الجاري بين الناس ، ولهذا قال الفقهاء : إن من الشروط التي يجب توافرها في المجتهد والقاضي والمفتي في الحوادث أن يكون عالماً بأعراف الناس وعاداتهم وكذلك فإن العرف قد يخصص العام ويقيد المطلق ويقضي على القياس — كما سيأتي .

٢ — وأما بالنظر إلى التطبيق : فإن الشريعة جاءت بأحكام وقواعد كلية في فقه المعاملات وكثير من أحكامها الجزئية متوقف في تطبيقه على ما يجري به العرف ، كما أنه يكون دليلاً للقاضي فيسوغ له أن يقضي والمفتي أن يفتي ويكون قرينة على شهادة الشاهد في الوقائع وكذلك يرجح قول من كانت دعواه موافقة للعرف والعادة (١) .

ولا يمكن أن يقال : إن الشارع قد اعتبر بعض الأعراف التي كانت موجودة قبل الإسلام عند العرب وبنى عليها الأحكام فيكون هذا دليلاً على أن العرف دليل ومصدر من المصادر الفقهية ، لأن ما أقره الشارع من الأعراف أعطاها أحكاماً مناسبة لها ولم يؤخذ الحكم من نفس العرف

(١) يراجع العرف والفنوى والقضاء فيما يأتي .

وإن كان العرف علة ومناطاً ، فإن ما أقرته الشريعة من الأعراف في زمن النبي ﷺ يجعله من السنة .

وزيادة على ذلك فإن المرجع أولاً وأخيراً هو للوحي وأن النبي ﷺ لا يخفى أنه كان يحكم بالوحي ، وإن ثبت أنه راعى العرف أو حكم بناء عليه فمستنده الحقيقي هو الوحي لأنه — صلى الله عليه وسلم — لا ينطق عن الهوى ، وقد ألغى الشارع كثيراً من الأعراف الفاسدة والعادات السيئة التي لا تتفق مع الشريعة الإسلامية ولم يجعل لها اعتباراً لأنها ناشئة عن الهوى والشهوة .

وإذا أخذنا من هذا أنه يجب اعتبار الصالح من الأعراف دون سواء فلا نأخذ منه أن العرف يعتبر مصدراً شرعياً يستنبط منه الأحكام الشرعية وإن كان له أثره في استنباط الأحكام من الأدلة الشرعية ، وتطبيقها (١) .

---

(١) يراجع في ذلك كتب الأصول في البحوث الخاصة بالأدلة الشرعية ، والعرف والمصلحة والرسالة للإمام الشافعي في حديثه عن السنة ، وإعلام الموقعين وشرح التذريع للقرافي مع حاشية الهيئ محمد الطاهر بن عاشور ج ١ ص ١٧٨ . وأحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٢٠٣ ، وكتاب « مالك » و « أبو حنيفة » للشيخ محمد أبو زهرة ، ورسالة العرف والعادة للشيخ أبي سنة ص ٨١ ، ٨٢ . ومصادر التفسير الإسلامي فيما لا نص فيه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ، ومعارضات في أسباب اختلاف الفقهاء للشيخ علي الحقيف ص ٢٥٥ .

## ثانياً — العرف وأقسام التشريع

لقد جاءت الشريعة بأحكام تتعلق بالعبادات وأحكام المعاملات والعقوبات ، فهل للعرف اعتباره وأثره بالمعنى الذى تقدم فى هذه الأحكام عموماً أم يدخل فى قسم بيان ذلك فيما يأتى :

### أولاً - تشريع العبادات :

هذا القسم لا مجال فيه للعقل أو رأى لأن المكلف مأمور أن يتبع فى ذلك ما جاءت به الشريعة إجمالاً وتفصيلاً ، لأن المقصود بذلك هو الانقياد والإمتثال لأوامر الله تعالى ، دون الالتفات إلى المعانى ، فما على المسلم بعد تشريع العبادات إلا التعمد لله تعالى بما أمر أن تعبد به ، ولا يستطيع أحد أن يغير أو يبدل فى هذا القسم أو يزيد أو ينقص لأنه لا يعبد الله إلا بما شرع .

يقول الإمام الشافعى فى الموافقات (١) :

« الأصل فى العبادات بالنسبة إلى المكلف التعمد دون الالتفات إلى المعانى . . . وإنما فهمنا من حكمة التعمد العامة الانقياد لأوامر الله وإفراده بالخشوع والتعظيم للجلاله والتوجه إليه . . . . . وعلمنا قطعاً أن المقصود الشرعى الأول التعمد لله بذلك المحدود وأن غيره غير مقصود . . . . . وأنه لو كان المقصود التوسعة فى وجوه التعمد بما حدد ومالم يحدد لنصب الشارع عليه دليلاً واضحاً كما نصب فى التوسعة فى وجوه العادات أدلة لا يوقف

معها على المنصوص عليه دون ما شابهه وقاربه وجامعه في المعنى المفهوم من الأصل المنصوص عليه ولما كان ذلك يتسع في أبواب العبادات ، ولم نجد ذلك كذلك ، بل على خلافه . دل على أن المقصود الوقوف عند ذلك المحدود إلا أن يتبين بنص أو إجماع معنى مراد في بعض الصور فلا لوم على من اتبعه لكن ذلك قليل فليس بأصل ، وإنما الأصل ما عم في الباب وغلب في الموضع ، ١٥٠ .

وإذا كان الأمر كذلك في العبادات فلا بد من الوقوف عند ما جاء به الشارع في هذا القسم ، وقد كان الإمام مالك — رضى الله عنه — يشترط في رفع الحدث ( النية والماء المطلق ) لا مجرد النظافة وإن حصلت بغير ذلك ، وفي الصلاة امتنع من إقامة غير التكبير مقامه والتسليم كذلك ، ومنع من إخراج القيم في الزكاة سيراً مع مبدأ ( الأصل في العبادات التبعيد دون الالتفات إلى المعاني ) .

وإذا ثبت بنص أو إجماع معنى مراداً في بعض صور العبادات فذلك قليل وليس بغالب على هذا القسم ، وقد قال الفقهاء : د العبرة بالغالب للشائع لا بالقليل النادر ، كما نراه في حديثهم عن المشقة في الصفر وقصر الصلاة والجمع بين الصلاتين وما أشبه ذلك من رخص العبادات . ويقول ابن تيمية (١) :

كان أحمد — رضى الله عنه — وغيره من الفقهاء وأهل الحديث يقولون : إن الأصل في العبادات التوقيف فلا يشرع فيها إلا ما شرعه الله تعالى ، وإلا لدخلنا في معنى قوله تعالى د أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله ، ١٥٠ .

وذلك لأن العبادات حق لله تعالى بولا يمكن معرفة حقه عز وجل كما وكيفاً ومكاناً وزماناً إلا بوحي منه سبحانه وتعالى وقد بين الرسول —



صلى الله عليه وسلم - ذلك فلا مناص من التزام ما بينه الشارع واتباع ما جاء به . وعلى ذلك فإنه لا أثر للعرف في تشريع العبادات على سبيل الإجمال<sup>(١)</sup> .

### ثانياً - تشريع المعاملات :

وهذا القسم يتعلق بالتصرفات التي تتم بين الناس بعضهم وبعض في كافة الشئون الدنيوية أفراداً وجماعات والأصل في هذا النوع الالتفات للمعاني ومراعاة جلب المصالح للمكلفين ودفع المفسد عنهم فتدور أحكام المعاملات مع ما ذكر وجوداً وعدماً .

وذكر الإمام الشاطبي - رضى الله عنه - أن الفقهاء قالوا : (الأصل في العادات الالتفات إلى المعاني) وذلك لأمور :

الأول : الاستقرار فإننا قد وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد والأحكام العادية تدور معها حينما دارت فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا يكون فيه مصلحة فإذا كان فيه مصلحة جاز كالدرهم بالدرهم إلى أجل يمنع في المبايعه ، ويجوز في القرض ، ويبيع الرطب باليابس يمنع حيث يكون مجرد غرر وربما من غير مصلحة ويجوز إذا كان فيه مصلحة راجحة ، ولم نجد هذا مفهوماً في باب العبادات كما فهمناه في العادات .

الثاني : أن الشارع توسع في بيان العلل والحكم في تشريع العادات وأكثر ما علل بالمناسب (الذي إذا عرض على العقول تلقته بالقبول) ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد فيها اتباع المعاني لا الوقوف مع النصوص

(١) يراجع في العرف وقواعد الفقه مجال قاعدة العرف فيما يأتي .

بخلاف العبادات فإن المفهوم فيه خلاف ذلك ، وقد توسع في هذا القسم مالك — رحمه الله تعالى — حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة . وقال فيه بالاستحسان ونقل عنه — أي الاستحسان — تسعة اعتبار العلم .

الثالث : إن الالتفات إلى المعاني قد يكون معلوماً في الفترات التي خلت من الرسل واعتمد عليه العقلاء حتى جرت بذلك مصالحهم فدل هذا على أن المشروعات في هذا الباب جاءت متممة لجزئان التفاصيل في العادات على أصولها المعهودات ، ومن ههنا أقرت الشريعة جملة من الأحكام التي جرت في الجاهلية كالفدية والقسامة . والقراض وأشباه ذلك مما كان عند أهل الجاهلية محمداً وما كان من محاسن العادات ومكارم الأخلاق التي تقبلها العقول وهي كثيرة اهـ .

هذا وقد جاء في القرآن الكريم والسنة المطهرة بياناً للعقل والحكم فيما شرعه الله تعالى من الأحكام في باب المعاملات ، فيقول سبحانه وتعالى (ولسكنم في القضاص حياة) ويقول تعالى : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض مضمك) .

ويقول ابن العربي في معنى هذه الآية : هذه الآية من قواعد المعاملات وأسس المعاملات التي تبنى عليها . وهي أربعة هذه الآية . وقوله تعالى : وأحل الله البيع وحرم الربا ، وأحاديث الغرم واعتبار المقاصد في الشريعة (١) اهـ .

ومن ذلك أيضاً قوله تعالى : وإنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم

متهون ، وقال تعالى : « فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكمها لكي لا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم » . وبقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لا تفكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أخيها فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم ، . وغير ذلك من النصوص .

وهذه النصوص تشير إلى اعتبار المصالح للعباد وأن الإذن فيها يدور معها أينما دارت فيما شرع من أحكام المعاملات فيؤخذ منها أن الشارع أنبع فيها المعاني كما ذكر الفقهاء بخلاف العبادات ، وإذا ما وجد التعبد في أحكام المعاملات فهو خلاف الغالب فيها ، كعدد الأشهر في عدة الطلاق والوفاة (١) . ومقادير الحدود والأنصبة في الزكاة ، فهذه الأحكام قليلة في المعاملات بالنسبة لغيرها من أحكام المعاملات ومع ذلك يمكن تعليمها .

وقد جاءت الشريعة الإسلامية في ذلك بالقواعد العامة وتركزت التفصيل فيها وأشارت إلى المقاصد الكلية من التشريع ولم تكن بالجزئيات والتفصيل فيها وأشارت إلى أن هذا عمل أهل الاجتهاد والاستنباط حسبما تقتضيه الوقائع المتجددة المتغيرة تبعاً للعرف والمصلحة ولهذا كانت النصوص الواردة في بيان أحكام المعاملات قليلة بالنسبة لغيرها .

وهذا الإجمال اقتضته طبيعة الشريعة الإسلامية ومناسبتها لكل زمان ومكان ومآلها من الخلود والدوام ، ولهذا فإنه لا مندوحة عنه في التشريع المتعلق بالمعاملات بمعناها العام الشامل لجميع العلاقات والارتباطات

(١) قد يقال : اعتبار عدة الأشهر في الطلاق . لأن غالب النساء أن يحضن في الشهر مرة واحدة . والله تعالى يقول : « ثلاثة قروء » ، فاعتبرت الأشهر بالإقراء ، وأما تحديد عدة الوفاة فلا يظهر فيها معنى التعبد إلا في غير المدخول بها ، أما المدخول بها فيجوز أن يكون ذلك لأن الجنين لا يتم خلقه ولا يتحرك في بطن أمه إلا إذا مضت هذه المدة .

والتصرفات بين الناس في جميع شئونهم الدنيوية التي لا بد منها لتحقيق مصالحهم التي تقصد منها .

ومثال ذلك : أن ما جاء في العقود جاء مجزئاً واشتراط فيه القراضى وترك ما يدل على القراضى فيها للعرف ولم يشترط لفظاً معيناً ولا فعلاً معيناً يدل على القراضى وطيب النفس ، وإنما الذى يعلم من عادات الناس فى أقوالهم وأفعالهم أنهم يعلمون ذلك بطرق متعددة تعارفوا عليها من الأقوال والأفعال ؛ فقد جاء فى عقد الشكاح قوله تعالى : **وفاذكروا ما طاب لكم من النساء** ؛ وقال تعالى : **وأنكحوا الأيامى منكم الصالحين** ، وفى عقد البيع وتحريم الربا قال تعالى : **وأحل الله البيع وحرم الربا** ، وقال تعالى : **ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم** ، وفى الرضاع والإجارة قال تعالى : **فإن أرضعن لكم فآتهن أجورهن** ، وفى الدين قال تعالى : **يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه** ، إلى قوله تعالى : **إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا نبايعتهم ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن فعلوا فإنه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شىء عليم** ، اهـ . ثم قال الله تعالى فى الرهن : **وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضة** ، إلى غير ذلك من النصوص التي تحدثت عن العقود : إما أمراً وإما لإباحة وإما نهيًا .

هذا وقد ترك التفصيل فى إنشائها والتصرف فيها إلى العرف سواء بالقول أو الفعل لأن هذه العقود لم يحدد الشارع لها حداً لا فى الكتاب ولا السنة ولا نقل عن أحد من الصحابة والتابعين أن عين لها صفة معينة من الألفاظ أو غيرها أو قال إنها لا تنعقد إلا بصيغة خاصة كما ترك أمر

مقدار الصداق في الزواج إلى العرف و حال الزوج والزوجة والكفاءة  
بينما فإن المحكم في ذلك هو العرف .

وفي البيوع ما يدخل في عقد البيع تبعاً وما لا يدخل فالمعول عليه هو  
العرف والقاعدة في ذلك : أن كل ما جرى عليه العرف بأنه من مشتملات  
المبيع فإنه يدخل تبعاً بدون ذكره والنص عليه في العقد ، فكل ما يتداوله  
اسم المبيع عرفاً يدخل في البيع وإن لم يتعرض العاقدان لذكره ، وما لم  
يجر العرف بدخوله في الشيء المبيع لا يدخل في البيع إلا إذا كان متصلاً به  
لا ينفصل عنه أو متصلاً به اتصال قرار والمعتبر في كل بلد وزمن عرف  
أهله وما جرى به تعاملهم .

وقد ذكر القرافي في الفروق عند بيان قاعدة ما يتبع العقد عرفاً  
وقاعدة ما لا يتبعه جملة من العقود التي تتأثر بالعرف ومقدار أثره في الصيغ  
التي تستعقد بها هذه العقود وما تدل عليه ألفاظها ، وذكر أن عقد الشركة  
يحمل على المناصفة إذا كان مطلقاً ، فإنه في بيع الأرض تدخل الأشجار  
والبناء وفي بيع الدور تدخل الأبواب والسلالم وما هو من مصالحها ووائقها  
ثم قال بعد أن ذكر هذه المسائل وغيرها (١) :

وهذا الكلام مع بقية تفاريع هذا الباب كلها مبنية على العادات  
لجميع هذه المسائل وهذه الأبواب التي سردتها مبنية على العرف ، غير  
مسألة الثمار المؤبرة بسبب أن مدركها النص والقياس وما عداها مدركة  
العرف والعادة ، فإذا تغيرت أو بطلت ، بطلت هذه الفتاوى ، وحرمت

الفتوى بها لعدم مدركها فتأمل ذلك بل تتبع الفتاوى هذه العادات كيف  
نقلت كما تتبع النقود في كل عصر وحين ٥١ .

وذلك لأن النصوص متناهية والوقائع غير متناهية وتقع بين الناس  
كل يوم وفي كل مكان ولم يرد في كل حادثة نص لأن ذلك لا يمكن  
ولا يتصور أن يأتي في كل حادثة نص فكان لابد من الاجتهاد بصدد كل  
حادثة من الحوادث التي تختلف باختلاف الأزمنة والأشخاص والأحوال  
في المعاملات التي تقع بين الناس فيعطى لكل حادثة حكم مناسب لها يراعى  
فيه تحقيق المصلحة التي اعتبرها الشارع كما يراعى المقاصد والقواعد العامة  
في الشريعة الإسلامية . ومراعاة العرف واعتبار ما يجري بين الناس من  
معاملات وتصرفات وارتباطات وعلاقات قامت بينهم في شئونهم المدنية  
والاجتماعية والمجتهد والمفتي مطالب بمراعاة ذلك حيث لا يوجد نص من  
كتاب أو سنة أو إجماع على مثل هذه الحادثة (١) .

قال إمام الحرمين في البرهان ، عن النصوص من القرآن والسنة  
وهو يتحدث عن القياس : « إنها محصورة مقصورة ومواضع الإجماع  
معدودة مأثورة فما ينقل منها تواتراً قليلاً ولم يبق إلا الأحاد ، وهي على  
الجملة متناهية ونحن نعلم قطعاً أن الوقائع التي يتوقع وقوعها لا نهاية لها ،  
والرأى المشبوت المقطوع به عندنا أنه لا تخلو واقعة عن حكم الله تعالى  
يتلقى من قاعدة الشرع ، فالأصل الذي يسترسل على جميع الوقائع القياس  
وما يتعلق به من وجوب النظر فهو أحق الأصول بالاعتبار » ٥١ .

ويقول الشهرستاني في الملل والنحل (٢) :

(١) راجع ما تقدم في أول الباب الثالث .

(٢) ج ٢ ص ٣٧

د نعلم قطعاً وبقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والقصرات  
بما لا يقبل الحصر والعدد ولم قطعاً أيضاً : أنه لم يرد في كل حادثة نص  
ولا يتصور ذلك أيضاً والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير  
متناهية ، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى ، علم قطعاً أن الاجتهاد  
والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد ثم  
لا يجوز أن يكون الاجتهاد مرسل خارجاً عن ضبط الشرع فإن  
القياس المرسل شرع آخر وإثبات حكم من غير مستند وضع آخر والشارع  
هو الواضع للأحكام فيجب على المجتهد أن لا يعدو في اجتهاده عن هذه  
الأركان ، ا هـ .

ولما جاءت النصوص الشرعية مجملة حثت الشريعة الإسلامية على  
الفهم والاجتهاد واستنباط الأحكام الجزئية من نصوص الشريعة وقواعد  
العامة لتحقيق مقاصد الشريعة من التشريع بلا جور ولا حيف ولا ضرر  
أو فساد في ظل التشريع الإسلامي . ويقول عمر بن الخطاب - رضي الله  
عنه - في رسالته إلى أبي موسى الأشعري في أمور القضاء :

د الفهم الفهم فيما تلجأ في صدرك ، ما ليس في كتاب ولا سنة ثم  
اعرف الأشياء والأمثال وقس الأمور عند ذلك واعمد إلى أقربها إلى الله  
وأشبهها بالحق فيما ترى ، ا هـ .

ومن ذلك الذي ذكر تبين مدى اعتبار العرف في تشريع المعاملات  
إجمالاً وذلك في نطاق ما تركه الشارع للمكلف في ميادين الأعمال المدنية  
والالتزامات دون ما تولى الشارع بنفسه تحديده وبيانها وإلزام المكلف  
به بصورة خاصة ، وبعبارة أخرى فالعرف له اعتباره ومداه في الأحكام  
التي جاءت مطلقة في الشريعة وفي تشريع الإباحة دون تشريع الإلزام ،

والا لغيرت الأعراف أسس الشريعة وعطلت نصوصها . فالنصوص  
القشيرية الخاصة الملازمة الأمرة هي المعتبرة ولو صادفها العرف عاماً أو  
خاصاً فلا اعتبار له ولو اتفق عليه الناس جميعاً (١) .

### ثالثاً - تشريع العقوبات :

إن تشريع العقوبات في الإسلام منه ما هو منصوص أو يجمع عليه  
- وهو الحدود المقدرة شرعاً - ومنه ما هو مفوض لاجتهاد الحاكم  
وله فيه أن يعاقب بما يراه رادعاً . والعقوبات المقدرة شرعاً هي عقوبة  
القتل والزنا والقذف والسرقة والحراقة وشرب المسكر والقصاص  
فيما دون النفس .

وليس في الشريعة الإسلامية ما عين له عقوبة مقدرة غير هذه الجرائم ،  
والمبتادر أن الحكمة اقتضت الاكتفاء بتحديد عقوبات هذه الجرائم على  
اعتبار أنها الجرائم الرئيسية التي تؤذي المجتمع وتنتهك حرمة وتقلق أمانه  
أكثر من غيرها ، ولذا كانت عناية الشريعة الإسلامية بهذه الجرائم عناية  
شديدة لخطورتها وعظم أثرها في المجتمع أفراداً وجماعات لأنها متصلة  
اتصالاً وثيقاً بالمقاصد الضرورية التي تهدف الشريعة الإسلامية إلى حفظها  
وصيانتها وحرمت الاعتداء عليها وهي :

حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل وزاد بعض الفقهاء  
سادساً وهو العرض .

١ - فلحفظ الدين ومنع الاعتداء عليه شرع عقوبة قتل المرتد  
وجهاد الكافرين .

(١) يراجع ما تقدم في المقدمة ص ٧ وما بعدها ، وما ذكر أول الباب الثالث .



٢ - ولحفظ النفس ومنع الاعتداء عليها شرع عقوبة القصاص في القتل العمد والاعتداء على مادون النفس شرع له عقوبة القصاص فيما دون النفس .

٣ - ولحفظ النسل شرع العقوبة والحد في الزنا بالجملد لغير المحصن والرجم للمحصن .

٤ - ولحفظ المال من الاعتداء عليه بالسرقه شرع عقوبة الهرقه .

٥ - ولحفظ العقل من إتلافه شرع عقوبة الخمر والمسكرات .

٦ - ولحفظ العرض شرع عقوبة القذف وهي ثمانون جلدة .

٧ - واعناية الشريعة الإسلامية بالأمن والنظام وعدم الإخلال بها شرعت عقوبة الجراية أو الخارجين على المجتمع والقانون ، وقد حافظت الشريعة على هذه الضروريات لأن تكاليفها ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق وهذه المقاصد ثلاثة أقسام ( ضرورية ، حاجية ، تحسينية ) وأن الضروريات وحفظها هي المقصود والاهم من ذلك .

وهذه الأحكام الجزئية التي نص عليها التفسير الإسلامي كفيلة بحفظ المجتمع البشري من التدهور والإحلال وكفيلة بردع النفوس الباغية وزجرها ، حتى لا يستهزئ شر الجرائم في المجتمع فيحدث الفوضى والاضطراب وتتعطل بسببها المصالح العامة وفي ذلك هدم لسيكايان المجتمع الإسلامي وتعرينه للخطر والانهيار الذي لا بد منه إذا لم يكن هناك رادع عن ارتكاب الجريمة أو التفكير فيها .

وهذا العقوبات المنصوص عليها لا مجال للاجتهاد والرأى ولا تختلف أحكامها باختلاف الأزمان والأماكن والأشخاص

ولا باختلاف العادات والأعراف ، فهي ثابتة أبداً لأن النصوص التي جاءت بها أمرة ملزمة ( وكان لابد من الإشارة إليها كمقدمة لما يأتي ) .

أما العقوبات غير المقدرة شرعاً فهي « التعزير » ، وللعرف فيه أثر كبير .

والتعزير قد أخذه الفقهاء من قوله — صلى الله عليه وسلم — من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وهذا أضعف الإيمان (١) .

والتعزير شرعاً ( العقوبة التأديبية التي يفرضها الحاكم على جنائية أو معصية لم يعين الشرع لها عقوبة محددة ) اهـ .

قال ابن فرحون في تبصرة الحكام : التعزير تأديب وإصلاح وجزر على ذنوب لم تشرع فيها حدود ولا كفارات .

وقال الماوردي في الأحكام السلطانية . وكذا أبو يعلى — رضى الله عنهما (٢) :

« التعزير تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود وبمختلف حكمه باختلاف حاله وحال فاعله ، وهو تأديب استصلاح وجزر يختلف بحسب اختلاف الذنب » .

فالشارع أوجب التعزير ثم ترك تقدير الأمر فيه إلى الحاكم وولى

(١) رواه مسلم والإمام أحمد في مسنده وأبو يعلى في مسنده .

(٢) التبصرة لابن فرحون ج ٢ ص ٢٠٩ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٠٥ والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٦٣

الأمر ويكون على القاضي تحديد الذنب أو الجناية وبيان العقوبة لأن الجرائم تختلف في الضرر ، وقد يصل الأمر بالحاكم في التعزير إلى درجة القتل في بعض الجرائم الخطرة إذا كانت من الجرائم التي تهدد أمن الأمة ولاستها .

والتعزير يكون في الجرائم التي حددت لها عقوبات ولكنها لم تتوافر فيها شروط العقوبة كالشهود الأربعة في الزنا والقذف ، أو عند وجود الهبات أو الاقتصاص على الشروع في حالة القتل كما يكون التعزير على ترك واجب مثل منع الزكاة وعدم المواظبة على الصلاة أو إصاها وترك قضاء الديون للقادر على أدائها ، وأداء الأمانات مثل الودائع وما تحت أيدي الوكلاء وما أشبه ذلك والامتناع من رد المصوب والمظالم مع القدرة على أداء ذلك كله إلى أربابه فإنه يعاقب عليه حتى يؤدي ما وجب عليه وكذلك الامتناع مما وجب على الإنسان فعله إذا تعين عليه .

وكما يكون التعزير على فعل محرم أو ترك واجب يكون على ترك سنة هي شعيرة من شعائر الإسلام أو فعل مكروه .

وعقوبة التعزير تختلف باختلاف الجريمة وبحسب حال المجرم في نفسه وكذلك حال من ارتكبت الجريمة في حقه . قال ابن القيم رحمه الله تعالى : اتفق العلماء على أن التعزير مشروع في كل معصية ليس فيها حد بحسب الجاني في العظم والصغر وبحسب الجاني الشر وعدمه .

وقال القرافي : إن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار فرب تعزير في بلد يكون إكراماً في بلد آخر كقلع الطليسان لغير تعزير

في الشام فإنه إكرام وكشف الرأس عند الأندلسيين ليس هو أناً وبالمرأى  
ومصر هو ان (١).

والتعزير يكون بالفعل والقول، وفي دلائل ثبوت أصل التعزير بالفعل  
والقول ما ورد في سنن أبي داود : أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم -  
قال : لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله تعالى .  
وما رواه أبو داود عن أبي هريرة - رضى الله عنه - أن رسول الله  
- صلى الله عليه وسلم - أتى برجل قد شرب فقال - صلى الله عليه وسلم -  
- اضربوه . قال أبو هريرة : ففنا الضارب بيده والضارب بنعله  
والضارب بثوبه . وفي رواية بإسناده (ثم قال رسول الله - صلى الله  
عليه وسلم - لأصحابه يكتبوه فأقبلوا عليه يقولون : ما اتقيت الله ما خشيت  
الله أو استحييت من رسول الله) (٢) ٥١ .

والتعزير بالفعل لا يكون بالجلد أو الضرب فقط وإنما يكون بالضرب  
والحبس وأي شيء آخر يراه الحاكم كالنفي ومصادرة الأموال ، وذلك  
بحسب الجرائم والأشخاص والأحوال .

قال ابن فرحون في التبصرة :

والتعزير لا يختص بالسوط واليد والحبس وإنما ذلك موكول  
إلى اجتهاد الحاكم قال الاستاذ أبو بكر الطرطوشي في أخبار الخلفاء  
المتقدمين (لأنهم كانوا يعاملون الرجل على قدره وقدر جنايته فمنهم من  
يضرب ومنهم من يحبس ومنهم من يقام واقفاً على قدميه في الخافل  
ومنهم من تنزع عمامته ومنهم من يحل إزاره) ٥١ .

(١) الفروق ج ٤ ص ١٨٣ .

(٢) تبصرة المسكام ج ٢ ص ٢١٠ .

هذا وقد اختلف الفقهاء في مقدار التعزير وهل للحاكم أن يزيد فيه مطلقاً أم إلى حد معين :

١ - قال الإمام الشافعي وأحمد - رضي الله عنهما - أنه لا يبلغ التعزير في المعصية قدر الحد فيها فلا يبلغ التعزير على السرقة من غير حرز حد الحراة ولا على الشتم بدون قذف حد القذف .

٢ - قال الإمام مالك : يجوز الزيادة عن الحد المقرر لجنس الجريمة .

٣ - التعزير متروك لاجتهاد الحاكم .

وقد استدلل الإمام الشافعي - رضي الله عنه - بقوله - صلى الله عليه وسلم - لا يجلد أحداً فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله . فلم يزد في العقوبات على العشرة ولكن الظاهر من مذهب الإمام الشافعي أن أكثره تسعة وثلاثون سوطاً ، وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقال أبو يوسف - رضي الله عنه - أكثره خمسة وسبعون سوطاً . وقال أبو عبد الله الزيري من الشافعية : وتعزير كل ذنب مستقبط من حده المفروض فيه وأعله خمسة وسبعون سوطاً يقصر به عن الحد القذف بخمسة أسواط .

وقال المالكية : إن للإمام أن يزيد في التعزير فوق الحد لما روى أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ضرب الذي زور خاتم بيت المال مائة سوط . وذكر ابن القيم : أن عمر - رضي الله عنه - ضربه ثلاثمائة سوط في ثلاثة أيام .

وذكر القرافي : أن صاحب القضية ( معن بن زياد ) زور كتاباً على عمر - رضي الله عنه - ونقش خاتمه فجلده مائة فشفع فيه قوم فقال عمر :

أذكر تموني الظمن وكنت ناسياً لجلده مائة ثم جلده بعد ذلك مائة أخرى .  
ولم يخالفه أحد فكان إجماعاً ) ١٥ .

وقال المازري من المالكية : ضرب عمر — رضى الله عنه —  
« ضيماً » أكثر من الحد ، والمالكية تأولوا الحديث الذى استدل به  
أحمدو الشافعى بأنه مقصور على زمنه — صلى الله عليه وسلم — لأنه  
كان يكفى الجاني منهم هذا القدر ، ومشهور المذهب أن يزداد على الحد ،  
وقال أشهب — رحمه الله تعالى — المشهور أن يزداد على الحد .

واستدلال المالكية بما فعله عمر — رضى الله عنه — وبالإجماع  
وتأولهم الحديث الذى استدل به الإمام الشافعى وأحمد — رضى الله  
عنهما — يتبين منه أثر اختلاف الزمن والناس فى عقوبة التعزير فى عهد  
رسول الله — صلى الله عليه وسلم — حيث غلب على الناس الإصلاح وأن  
من تحدث منه جنابة تستوجب التعزير كان يكفيه هذا القدر ، كما يتبين من  
ذلك الذى روى عن عمر — رضى الله عنه — أنه قد فهم من أصل  
مشروعية التعزير : أن الشارع أوجب تغيير المشكر وأن تغييره يكون  
بما يردع فاعله نظراً لطبيعة الشخص والجريمة التى ارتكبها ويكون فيه  
زجراً لغيره عن ارتكاب الجرائم .

أما المذهب الثالث : فقال أصحابه — أن التعزير لا يختص بالضرب  
وحده بل يكون بالضرب والحبس وغير ذلك وهو موكل إلى اجتهاد  
الحاكم فإيراه كافياً فى التعزير عزز به ، وهذا المذهب قريب من مذهب  
المالكية وهو قول لأبى يوسف — رحمه الله تعالى .

وكما يكون التعزير بالضرب يكون بالحبس وبالأموال وبالثلاثة معاً .

فى الحبس أول من أنشأ داراً للسجن هو عمر بن الخطاب — رضى الله  
( ١٧ — أثر العرف )

عنه — اسجن مرتكبي الجرائم . وقد قال الفقهاء : يحبس الذين ارتكبوا الجرائم على حسب ذنوبهم وهفواتهم . وقال أبو عبد الله الزبيرى من الشافعية : يقدر بشهر للاستبراء والكشف وبسنة أشهر للتأديب والتقويم ثم يعدل بمن دون ذلك إلى النفي والإبعاد إذا تعددت ذنوبه إلى اجتذاب غيره واستضراره بها . واختلف في الأبعاد والنفي ، فقال الإمام الشافعى — رضى الله عنه — يقدر بما دون الحول ولو بيوم لأن الحول هو التعزير في الزنا فلا يبلغ به الحول إلا في الزنا .

وقال المالكية : أنه يجوز أن يزداد فيه على الحول ، كما قالوا في الضرب إذا ما رأى الإمام أن ذلك من أسباب الزجر بحسب حال الجاني والعرف والبيئة التي ارتكبت فيها الجريمة .

وبناء على هذا قال المالكية : أنه يجوز للحاكم أن يعزر بالقتل ، وأفتوا بجواز قتل المسلم إذا كان يتجسس للعدو وإليه ذهب بعض الحنابلة ، وأما الداعية إلى بث الخلاف والفرقة بين الناس فإنه يستتاب فإن لم يتب قتل . وقال به بعض الشافعية .

وقال الحنفية : يقتل من لا يزول فسادُه إلا بالقتل .

هذا والرأى القائل بأنه يزداد في التعزير على قدر عظم الجرم وصغره يتفق وطبيعة الفقه الإسلامى في مسأيرته لتطور الزمن وتغير العرف وأحوال الناس ، وكذلك ما قاله المالكية ومن وافقهم في الجاسوس والداعية إلى بث الخلاف والفرقة في جماعة المسلمين ، إذا كان لا يزول فسادُه إلا بالقتل وهو ما قال به الحنفية .

## وأما التعزير بالمال :

فقد قال بجوازه المالكية والحنابلة ، وأحد قولي الإمام الشافعي — رضى الله عنه — وهو ما ذهب إليه أبو يوسف — رحمه الله تعالى — استناداً إلى أن النبي — صلى الله عليه وسلم — عزر بحرمان النصب المستحق من السلب على من أساء إلى نائبه ، وكذا أمر النبي — صلى الله عليه وسلم — بتحريق متاع الذي غل من الغنيمة وأمر رسول الله — صلى الله عليه وسلم — لابس خاتم الذهب بطرحه فطرحه فلم يعرض له أحد . وأمر رسول الله — صلى الله عليه وسلم — بحرق بيت سويد اليهودي لما اجتمع فيه مع المنافقين للتمآمر على المسلمين وأمر بهدم مسجد الضرار .

وقد أخبر النبي — صلى الله عليه وسلم — عن تمزير مافع الزكاة بأخذ شطر ماله ، فقد روى الإمام أحمد والذساقى وأبو داود — رضى الله عنهم — في شأن الزكاة قوله — صلى الله عليه وسلم — من أعطاهما مؤجراً فله أجرها ، ومن أبى فإنما أخذوها وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا لا يحل لآل محمد — صلى الله عليه وسلم — منها شيء .

وقد عزر عمر وعلى — رضى الله عنهما — بحرق المكان الذى يباع فيه الخمر ، وهرق عمر — رضى الله عنه — قصر سعد بن أبي وقاص — رضى الله عنه — لما احتجب فيه عن الرعية .

وذكر ابن القيم ( فى الطرق الحكيمة ) وعلاء الدين الطرايلى ( فى معين الحكام ) أن عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — صادر عماله فأخذ شطر أموالهم التى اكتسبوها بجاه العمل واخطأ ما يخصون به بذلك فجعل أموالهم بينهم وبين المسلمين شطرين ، اهـ .



وعمر بن الخطاب - رضى الله عنه - بهذا يعتبر أول من وضع قانون المكسب غير المشروع (ومن أين لك هذا) وطبقه . وقد كان - رضى الله عنه - يختار عمله اختياراً دقيقاً ثم لا يمنعه ذلك من محاسبته على أعمارهم وما يتعلق بها سواء أكان صغيراً أو كبيراً فإذا ماتبين له أن أحداً منهم استغل عمله لمصلحة شخصية أو لمكسب غير مشروع أو لمحاباة أحد في الحق والعدالة أو ظهرت عليه آثار النعمة وأمارات الثراء التي لا تتناسب مع حاله قبل توليه العمل . ولا يتفق مع ما يقتضاه من أجر نظير عمله حاسبه حساباً دقيقاً وسأله عن كل ما يملك من أين آتاه أو جاء به فإذا ما ظهر له منه استغلال لم يتوان عن مصادرة ماله وعقابه ثم رد ماله إلى بيت مال المسلمين وحرره منه جزاء وفاقاً .

ونقل ابن القيم عن ابن رشد المالكي في الطرق الحكيمة ، :

« أن لصاحب الحسبة الحكم على من غش في أسواق المسلمين في خبز أو عسل أو غير ذلك من السلع بما ذكره أهل العلم في ذلك ، فقد قال مالك - رضى الله عنه - في المدونة : أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - كان يطرح اللبن المغشوش في الأرض أدباً لصاحبه ، وكره ذلك في رواية ابن القاسم ورأى أن يتصدق به إذا كان هو الذي غشه ومنع ذلك في رواية أشهب » .

وقال مطرف وابن الماجشون من المالكية فيمن غش أو نقص من الوزن يعاقب بالضرب والحبس والإخراج من السوق ، وما غش من الخبز واللبن أو غش من المسك والزعفران فلا يفرق ولا ينهب ، وقد أفتى ابن القطان : بحرق الثياب الرديئة النسيج وأفتى ابن عتاب بتقطيعها والتصدق بها خرقاً .

هذا بعض ما ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية في عقوبة التعزير وما جاء في الجرائم التي لم يحد لها حداً في الشريعة الإسلامية ، والتعزير كآتون بما يردع الإنسان حتى لا يعود لارتكاب الجريمة كما يكون زجراً لغيره من الناس . والتعزير يختلف من شخص لآخر ومن زمن إلى زمن بحسب حال الشخص وعظم الجرم أو صغره ، وقد عزر رسول الله — صلى الله عليه وسلم — بالهجرة والضرب والقول كما عزر بالحبس ومصادرة الأموال ، والصلب وكذلك فعل الصحابة — رضى الله عنهم — وقد نظروا إلى الظروف والأحوال التي ارتكبت فيها الجريمة وما جرى به العرف في ذلك . فكان لكل جريمة عقابها حسب مقتضى الظروف والأحوال كما سار على هذا الفقهاء والأئمة بعد الصحابة حيث ترك الأمر للاجتهاد في كل ما من شأنه أن يدفع الضرر ويحقق الأمن والمصلحة من غير تقييد في ذلك إلا بما تقتضيه مشورة أهل الرأي والنظر في الشريعة الإسلامية .

وكذلك يجب مراعاة العرف فيما يعد زجراً رادعاً وتأديباً وتهذيباً للنفس فمن كان يصلح له الكلام عزر به ومن كان يصلح له الضرب أو الحبس عزر بما يليق به ويكون رادعاً .

قال السكال بن الهمام في فتح القدير نقلاً عن السرخسي :

« لأنه ليس في التعزير شيء مقرر بل مفوض إلى رأى القاضى لأن المقصود منه الزجر وأحوال الناس مختلفة فيهم فمنهم من ينزجر بالنصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة والضرب ومنهم من يحتاج إلى الحبس » .

وفي فتح باب التعزير ومنع السلطة الأولى الأمر في فرض عقوبات

ووضع أحكام للجرائم التي لم يعينها الشارع وتفويضها لأمر الحاكم دون التقيد بشيء سوى رعاية المصلحة والتأديب والجزع مع مراعاة الحرية ، وحال الجاني وما يحيط بها من ظروف وملاسات ، خير رد على الذين يظنون بالفقه الإسلامى الجود وعجزه عن مسايرة التطور الذى يحدث فى المجتمعات البشرية .

فالشريعة الإسلامية - كما تقدم - بمروفتها وشمولها تسير كل تطور تمر به الأمم والشعوب على اختلاف أجناسها وتفاوتها فى الحضارة والتقدم لأنها هى الشريعة الخالدة الصالحة للتطبيق فى كل زمان ومكان السكاملة فلا يلحقها نقص ولذا جعلها الله خاتمة الشرائع السماوية لتحكم فى شئون الناس إلى يوم القيامة ولو أننا طبقاً أحكامها لقللت الجرائم وقل المجرمون الذين لم يصلح فى ردهم كل تشريع ليس من عند الله .

هذا وإن الحدود والعقوبات المنصوص عليها لا تكون إلا قسماً يسيراً من أى قانون جنائى يوضع على أسس شرعية لأن الشرع يهدف إلى دوام هذه الأحكام المنصوص عليها ولذا فهى مستمرة دائمة لا تبدل ولا تتغير لأنها تكون القسم التشريعى الذى تحددت فيه الضمانات الأساسية للأفراد والمجتمع فى الضروريات التى أمرت الشريعة بحفظها وهذه الضروريات لا تختلف أبداً فكذلك أحكامها لا تختلف أبداً .

وكل اعتداءات أو جرائم غيرها لم ينص عليها إنما يحكمها ما يشرعه الفقهاء لها من أحكام تسير وفق مقاصد الشريعة وقواعدها العامة ، وهذا التشريع الجنائى الإسلامى المقدر عقوبته بالنص أو الإجماع وما ترك الأمر فيه للاجتهاد أصل من أصول العدل فى التشريع الإسلامى بجانب غيره من التشريعات التى تحدد نظام المجتمع وتحمى مصالحه وتسد حاجاته

وكلمها تهدف إلى رفع إنسانية الفرد والجماعة والسير بهما نحو المثل العليا<sup>(١)</sup>.

### ثانياً — العرف الذي نحمل عليه الألفاظ

العرف : ( لغوي ، شرعي ، واستعمالي ) وقد علم ذلك مما تقدم ، كما أنه ينقسم إلى عام وخاص ، والآن ماهو العرف الذي نحمل عليه الألفاظ ؟

لفظ المتكلم محمول على عرفه :

قال القرافي : ( إن عن له عرف وعادة إنما يحل لفظه على عرفه ) اهـ .

وذلك لأن العبارات تختلف باختلاف المتكلم والمخاطب فإن كان المتكلم هو الشرع فإنه يحمل لفظه على عرفه وعلى العادة الشرعية ، وإن كان المتكلم من أهل اللغة حمل لفظه على عرفه وإن كان من أهل العرف حمل لفظه على عرفه . وتفصيل ذلك كما يلي :

١ — إذا كان المتكلم باللفظ هو الشارع فإنه يحمل على الحقيقة الشرعية إن كان للشارع حقيقة وأمكن الحمل عليها وكثر استعمالها حتى تسبق العرفي واللغوي ما لم يصرف عنها صارف لأن عرف الشرع يصرف إلى المعاني الشرعية ، لأن النبي — صلى الله عليه وسلم — بعث لبيان الأحكام الشرعية وإن لم يكن للفظ مسمى شرعي ، أو كان ولم يمكن الحمل عليها فهل يحمل على العرفي الذي علم أطراذه في زمن النبي ﷺ ؟

---

(١) يراجع في ذلك سوى ما تقدم فتوح القدير ج ٥ ص ١١٢ والطارق الحسكية لابن القيم ص ٢٦ ، ٢٤٥ وبين الأحكام ص ١١٠ ودور الأحكام ج ٢ باب التزيير وشرح الدر المختار للحصكفي ج ٢ ص ٤٦ ورسالة الحسبة لابن تيمية ، وفقه القرآن والسنة للشيخ محمود طهوت ص ٩٧ — ١٠١ .

قال بعض الفقهاء، يحمل عليه لأن الظاهر من حال الخطاب أن يكون  
ما يتبادر إلى أذهان المخاطبين وقال البعض : لا يحمل عليه ، ويبقى اللفظ  
على عمومه إن كان عاماً والرأى الأول هو الذى يتفق وطبيعة الشريعة  
التي سلف أن تبين أنها راعت العرف وجعلت له اعتباراً (١) .

وقال الشافعية : إن لم يكن اللفظ مسمى شرعى فإنه يقدم اللغوى ثم  
العرفى .

وقال غيرهم : إن لم يكن اللفظ مسمى شرعى يحمل على العرفى ثم اللغوى  
لتعيينه فيه حيث لا مسمى له شرعى ولا عرفى .

وإذا كان اللفظ معنى شرعى ومعنى عرفى ولم يمكن الحمل على أحدهما  
فإنه يحمل على اللغوى ، وإذا كان اللفظ حقائق ثلاث ( شرعية وعرفية  
وعرفية ) ولم تسبق الشرعية أو اللغوية على العرف ففيه خلاف فى الحمل  
على واحدة منها ، وقال بعض الأصوليين إنه يكون مشتركاً لا يرجح  
إلا بقربة .

٢ - إذا كان المتكلم من أهل اللغة فإنه يحمل كلامه على عرفه إذا  
لم يصرف عنه صارف وإلا حمل على ذلك الصارف .

٣ - وإذا كان المتكلم من أهل العرف فإنه يحمل كلامه على عرفه  
وألفاظ الناس فى تصرفاتهم تحمل على أعرافهم وعوائدهم ما لم تخالف  
عرف الشارع وتكون الأعراف الجارية بين الناس هى المقصود لهم من  
الفاظهم بحسب الظروف والأحوال ، واختلاف الأماكن والأزمان

---

(١) يراجع العرف بين الحقيقة والجاز فيما تقدم والعرف وتخصيص العام فيما يأتى .

اتبادر إلى الذهن . قال الإمام الشاطبي رضي الله عنه في الموافقات :  
« ومن العادات ما يختلف في التعبير عن المقاصد فتصرف العبارة عن  
معنى عبارة إلى معنى عبارة أخرى بالنسبة إلى الأمة الواحدة كاختلاف  
العادات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع في صنائعهم مع الجمهور بالنسبة  
للاستعمال في بعض المعاني حتى صار ذلك إنما يسبق منه إلى الفهم معنى ما  
وقد كان يفهم منه قبل ذلك شيء آخر . . والحكم يتنزل على ما هو  
معتاد بالنسبة إلى من اعتقاده دون من لم يعتده وهذا المعنى يجري كثيراً  
في الإيمان والعقود والطلاق كناية ، ا هـ .

فإذا كانت الأحكام تنزل على ما اعتاده المتكلم ولا يلزم بها من  
لم يعتده لأنه لم يرد منه إلا ما نعارف عليه فإن ألفاظ الناس لا تؤثر في  
عرف الشارع وخطابه لإيادهم لأنه لا يحمل على عرف الناس إذا كان  
مخالفاً لخطاب الشارع .

قال الإمام الغزالي في المستصفى :

« وعلى الجملة فعادة الناس تؤثر في تعريف مرادهم من ألفاظهم حتى  
أن الجالس على المائدة يطلب الماء يفهم منه العذب البارد لكن لا تؤثر  
في خطاب الشارع لإيادهم ، ا هـ .

ونخلص من ذلك إلى أن كل متكلم إنما يحمل لفظه على عرفه فإن كان  
المتكلم هو الشارع حمل لفظه على عرفه وألفاظ الناس تحمل على عرفهم  
وعاداتهم ما لم يخالف عرفاً شرعياً فإن خالفته قدم على عرف الاستعمال  
لأن الحقائق الشرعية ثابتة لا تتغير ولا تبدل .

وقد سلف في « العرف بين الحقيقة والمجاز ، الكلام عن تعارض  
العرف مع الشرع وتعارض مع اللغة ، بما لا داعي لذكره هنا .

٤ — إن ألفاظ التصرفات الشرعية التي تصدر من المكلف تحمل على الماهية الشرعية الصحيحة دون الفاسدة لأن العرف الفاسد غير معتبر في التشريع وبناء الأحكام ، وذلك كالبيع والإجارة وجميع العقود والاتزامات والإقرارات ولا يحمل اللفظ على غير الصحيح المقصود منه إلا إذا كان متأولاً للفظ وكان اللفظ يحتمل ذلك الذي تأوله قبل تأويله في الفتوى لأن المفتي أسير المستفتي ، ولا يقبل في الحكم لأن الحكم يتبع الظواهر والحجج الشرعية ، وإن لم يحتمل اللفظ التأويل لم يقبل في الفتوى ولو ادعى أنه يقصد باللفظ معنى جديداً لم يقبل قوله على الأصح ، وأما قول الفقهاء إنه يجب اتباع عرف المتكلم وقصده وتنزل كل طائفة أو بلدة على عادة أهلها . . فإن المقصود حملها على ما ذكر دون غيره .

يقول عز الدين بن عبد السلام :

د من أقر بشيء من ألفاظ التصرفات كالبيع والإجارة والرهن والوكالة والسلم والطلاق والعناق والنكاح والزكاة والكمفارات والنذور والهدى أو حلف على شيء من ذلك أو علق عليه طلاقاً أو عتاقاً أو نذراً ، فإن إقراره وبمينته وتعليقه محمول على الصحيح من ذلك دون الفاسد لظهوره فيه ، فإن تأول شيئاً من ذلك فإن كان اللفظ محتملاً لما نواه قبل تأويله في الفتوى دون الحكم وإن لم يحتمله لم يقبل تأويله في الفتوى إلا أن يقصد وضع اللفظ على المعنى الذي أراده فلا ينفعه على الأصح ، (١) .

(١) يراجع في ذلك الأسنوى على المنهاج مع حاشية الشيخ نجيب ج ٢ ص ١٩٤ والإبهاج شرح المنهاج السبكي مجلد ج ١ ك ٣٠ وشرح الشيخ لأراق ص ٩٤ والموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٨٤ والمستصفى للقرافي ج ٢ ص ٢٩ وإعلام الموقعين ج ٣ ص ٤٦ وقواعد الأحكام ج ٢ ص ٨٧ ، ١١٩ .

وهذا يستتبع الحديث عن معنى التصرف وصيغته وأقسامها :

أولاً — معنى التصرف :

إذا تبعنا عقود المعاوضات وغيرها وجدنا لها صيغة تدل عليها وإن لم يتعين للعقود لفظ إلا النكاح وهو لفظ التزويج والنكاح ، وفي البيع يقول المتهترى بمعنى هذه السلعة بكذا فيقول البائع « بعتك » ، والمعاطاة في البيع تصرف بالفعل مثلاً وهي عند من يميزها مطلقاً أو في الأشياء المحقرة تعتبر كالصيغة باعتبار الفعل في المعاطاة دالاً على الرضا ، ولذا قال خليل ابن اسحاق : « ينعقد البيع وإن بمعاطاة » . وقال المز بن عبد السلام :

قاعدة في ألفاظ التصرفات :

« لا يتعين للعقود لفظ إلا النكاح فإنه يتعين له لفظ التزويج أو النكاح لأن جميع الألفاظ لا تستقل بالهلاله على مقاصد النكاح ، فإن لفظ البيع والهبة يدل على نقل الملك في الرقبة ، ثم المنافع والثمار بعد ذلك مستفادة من الملك غير معقود عليها ، ولفظ الإجارة يدل على تملك المنفعة المقدرة ، والنكاح مؤجل بموت أقصر الزوجين عمراً أو بالعمرين إن مات الزوجان معاً ، وجميع ألفاظ العقود لا تدل على خصائص النكاح وإن نوى جميع ذلك لم يصح لأن القصدادة شرط في صحة النكاح ، ولا اطلاع للشهود على النيات » (١) هـ .

والأصل في المعاوضات الرضا ولا سبيل إليه لأنه أمي خفي كان لا بد من دال عليه وهذا الدال هو القول أو الفعل ، وللتصرف بالفعل



ليس محتاجاً لشيء أكثر من صدوره من الفاعل المميز الذي يريده ،  
ومن ثم أقول : إن التصرف هو ما يدل على الرضا من الجانبين فهو أعم  
من أن يكون قولاً أو فعلاً .

وقد ذكر الفقهاء للتصرف تعريفات منها :

١ — عرفه الشيخ أبو سنة في رسالته ( العرف والعادة ) فقال (١) :

« التصرف هو الالتزام الذي يصدر من الشخص فيرتب الشارع  
عليه أحكامه سواء كان بسيطاً — أى من جانب واحد كالنذر واليمين  
والإسقاطات المحضة كالطلاق والعتق وغيرها فان هذه تتم بعبارة واحدة ،  
أو كان مركباً من التزامين متبادلين يتوقف أولاهما على ثانيتهما كما في  
عقود المعاوضات والتبرعات حيث تتركب من الإيجاب والقبول ، ا هـ .

٢ — وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا فقال (٢) :

« التصرف كل ما يصدر عن الشخص بإرادته ويرتب الشرع عليه  
نتائج حقوقية ، ا هـ .

٣ — وعرفه الأستاذ محمد مصطفى شلبي فقال (٣) :

« التصرف ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته ويرتب الشارع عليه  
نتيجة من النتائج سواء كان في صالح ذلك الشخص أو لا ، ا هـ .  
ونرى في هذه التعريفات : أن التعريف الأول عبر عن التصرف  
بصدوره من الشخص .

(٢) للدخل الفقهي العام ج ١ ص ١٧١

(١) ص ١٤٧

(٣) المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي ص ٣١٢

ولم يشترط التمييز أو الإرادة ، وللتعريف الثاني اشترط الإرادة  
ومصرح بها فكان أجود من الأول والتعريف الثالث اشترط التمييز  
والإرادة فكان أجود وأقعد من سابقيه .

### تعريفنا التصرف في الفقه الإسلامي :

« هو كل ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته قولاً كان أو فعلاً ويرتب  
الشارع عليه أثراً معيناً سواء كان له أو عليه ، . . ا هـ .

وعلى هذا فما لم يصدر عن الشخص بإرادته واختياره فلا يسمى تصرفاً  
مثل : الولادة والوفاة ، وكشوت حق الإرث له ، وإرث حق الخيار مثلاً  
لومات المورث في زمن الخيار وكشوت حق الشفعة ، وإن كان الحق  
الموروث تصرفاً .

وهذه الأمور التي تحدث بغير إرادة الشخص واختياره تعتبر أوصافاً  
شرعية مجردة .

### التصرف عند علماء القانون الوضعي :

يرى علماء القانون الوضعي : أن التصرف في القانون مقصور على  
التصرف القولي فقط ويطلقون عليه التصرف القانوني ، ومثاله : أن يقوم  
شخص بإنشاء عقد البيع فيرتب عليه حق للبائع في اقتضاء الثمن وحق  
للمشتري في تسلم المبيع ونقل ملكيته إليه .

والوصية عمل إرادي من جانب واحد يرتب عليه للموصى له حقاً في  
الموصى به . فهذان مثالان للتصرف القولي في الفقه الإسلامي ويسميه علماء  
القانون : « التصرف القانوني » .

وأما التصرف الفعلي في الفقه الإسلامي فمثاله: أن يقوم الإنسان بفعل،  
ولكنه لا يريد الأثر المترتب عليه كالقتل العمد، فإن القاتل لا يريد ترتب  
الأثر الشرعي على ما فعل .

وقد لا يريد الفعل ولا الأثر كالقتل الخطأ — عندما يتصرف تصرفاً  
يظن أنه لا يؤدي إلى القتل — ولكن وقع بسببه القتل الخطأ . فإن هذا  
يسمى تصرفاً فعلياً لوجود الفعل فيه .

فهذا يسمى عند علماء القانون الوضعي ( وقائع قانونية ) ولوجود  
الجانب المادي يسمى وقائع مادية .

أما الأوصاف الشرعية المجردة — كما تقوم — فيسميها علماء القانون  
وقائع مادية أو قانونية ، وهي في الفقه الإسلامي أوصاف شرعية مجردة  
يترتب عليها أثر شرعي معين .

فالتفرقة عند علماء القانون ، بين التصرف القانوني والواقعة القانونية:  
أساسها التمييز بين الفعل المادي ، والإرادى ، حيث توجد إرادة تتجه إلى  
ترتب أثر قانوني فهو التصرف القانوني .

وأما إذا ترتب الأثر القانوني من مجرد وجود فعل أو عمل مادي  
سواء كان طبيعياً أو اختيارياً ، وسواء أكان أثره القانوني مقصوداً أو غير  
مقصود فهذه هي الواقعة القانونية أو الواقعة المادية .

وبما تقدم ظهر الفرق بين ما قاله علماء الشريعة الإسلامية ، وما قاله  
علماء القانون .

هذا : وقد حاول الدكتور عبد الرزاق السنهوري المطابقة بين معنى التصرف في الفقه الإسلامي وبين معناه في القانون الوضعي . فقال (١) :

« وما يجعل التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية تمييزاً مقبولاً في الفقه الإسلامي ، أن الفقهاء يميزون في كثير من المناسبات بين التصرفات القولية وهذه هي التصرفات القانونية ، والتصرفات الفعلية وهذه هي الوقائع القانونية . ا هـ . وهذه المحاولة لجعل التصرف في الفقه إن كانت ممكنة في التصرف القولي والتصرف القانوني فلا يمكن القول بذلك في التصرف الفعلي والوقائع القانونية حيث أن الوقائع القانونية أو للمادية عند القانونيين يدخل فيها ما يقع من الإنسان بغير اختياره وفعله كالولادة والوفاة ، وهذه أوصاف مجردة في الشريعة الإسلامية ، ولا تدخل في معنى التصرف في الفقه الإسلامي الذي يبرز دور الفاعل الإسلامي في ترتيب آثار التصرف القولي والفعلي معاً . فما ذكره الأستاذ السنهوري فيه تساهل وخروج بالفقه الإسلامي عن طابعه الذي يتميز به عن غيره من التشريعات والقوانين .

ومن خص التصرف بالقولي فقط وجعله مقصوراً عليه دون الفعلي ، الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه (الملكية ونظرية العقد) حيث قال في تعريفه للتصرف في الفقه الإسلامي :

«لأنه كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب الشارع عليه أثراً شرعياً في المستقبل ، ا هـ (٢) .

---

(١) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ١ ص ٩١ .  
(٢) الملكية ونظرية العقد ص ١٠١ .

ويعلق على هذا صاحب رسالة «التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي» (١) فيقول :

« ويمتاز هذا التعريف بإبرازه لدور الشارع في ترتيب آثار التصرف القانوني عليها في الفقه الإسلامي ، التصرف القولي . .

ثم قال : أما الوقائع القانونية ويقصد بها ، التصرف الفعلي في الفقه الإسلامي ، فنستطيع أن انطلق عليها نفس التعريف الوارد في الفقه الغربي فهي كل عمل مادي رتب الشرع عليه أثراً معيناً ، .

ونحن نرى أن هذه الميزة التي ذكرها للتعريف المذكور وهي إبرازه لدور الشارع في ترتيب آثار التصرف القولي لا تخرجه عن كونه قاصراً للاقتصار على التصرف القولي ، لأن تعريفات التصرف التي ذكرناها لمعناه في الفقه الإسلامي قد أبرزت دور الشارع في ترتيب آثار التصرف القولي والفعلي معاً ، فأصبحت بهذا الشمول في مدلولها ومعناها تتفق ورأى المشرعة الإسلاميين ، وطابعهم أكثر من هذه المحاولة للتقريب بين معنى التصرف في الفقه الإسلامي والتصرف القانوني والوقائع المادية في القانون الغربي .

---

(١) رسالة التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي للدكتور وحيد الدين سوارس ٣٢ ، وقد أعدت بإشراف الشيخ محمد أبو زهرة بكلية الحقوق جامعة القاهرة .

ثانياً — صيغة التصرف وأقسامها :

صيغة التصرف هي :

الألفاظ المعهودة بين الناس في التصرف المراد إنشاؤه :

وهي تنوع إلى خبر وإنشاء وكل منهما إلى صريح وكناية ثم إلى صيغة الماضي والمضارع والأمر والإستفهام والاستقبال والجل الإسمية .

القسم الأول : الخبر والإنشاء :

١ — تعريف الخبر : هو ما يحتمل الصدق والكذب لذاته .

٢ — تعريف الإنشاء : هو الذي يوجد به مدلوله في نفس الأمر .

وفي نطاق هذين التعريفين يمكن التمييز بين الصيغة الخبرية والإنشائية ، وذلك لأن التصرفات التي يأتيها الإنسان ويترتب عليها أثر شرعي معين ، لا تكون إلا بألفاظ يدل على إنشاء التصرف ، فالإنشاء يتبعه ما يترتب عليه كما لا يقبل احتمال الصدق والكذب ، وقد يقع منقولا عن أصل الوضع بسبب النقل العرفي من الإخبار إلى الإنشاء .

أما الصيغة الخبرية فإنها لا يترتب عليها ما يترتب على الإنشاء لاحتمالها الصدق والكذب .

وقد بين الإمام القرافي - رضى الله عنه - الفرق بين الخبر والإنشاء على الوجه الآتي (١) :

(١) الفروق ج ١ ص ٢٣ ، وفائس الأصول شرح المحصول خطوط ج ١ ص ٢١ وهو  
[مفروق أيضاً] .

١ — الإنشاء سبب مدلوله فإن العقود أسباب لمدلول صيغة الإنشاء ومتعلقاتها بخلاف الإخبار .

٢ — إن الإنشاء يتبعه مدلوله ، والإخبار يقبع مدلوله . أما تبعية مدلول الإنشاء له فإن الطلاق والمملك مثلاً . إنما يقمان بعد صدور صيغة الطلاق والبيع وهما سبب لمدلوليهما ، وأما أن الخبر تابع لخبره فتقضى التبعية أنه تابع لتقرر خبره في زمانه ماضياً كان أو حاضراً أو مستقبلاً... وليس المراد بالتبعية في الوجود فقط وإلا لما صدق ذلك إلا في الماضي فقط .

٣ — أن الإنشاء لا يقبل التصديق والتكذيب فلا يحسن لمن قال لامرأته : أنت طالق صدقت ولا كذبت لأنه لا يريد به الإخبار عن طلاق امرأته . وغير ذلك من صيغ الإنشاء بخلاف الخبر فإنه للتصديق والتكذيب .

٤ — أن الإنشاء لا يقع إلا منقولا عن أصل الوضع في صيغ العقود والطلاق ونحوها . . . والخبر يكفي فيه الوضع الأول في جميع صورته ، فقول الرجل لامرأته أنت طالق لا يفيد طلاق امرأته بالوضع الأول ، بل أصل هذه الصيغة أنه أخبر عن طلاقها . . . وإنما صارت تفيد الطلاق بسبب النقل العرفي عن الإخبار إلى الإنشاء وكذلك جميع هذه الصيغ ١ هـ .

ويفهم من هذا الذي ذكره القرافي وما ذكره السبكي في الإيهاج (١) :

أن الألفاظ التي تدل على إنشاء التصرفات من العقود والإلتزامات وغيرها إنشاء نقلمها العرف عن أصل وضعها للإخبار إلى ما تدل عليه من

إنشاء التصرفات وقد تعارفها العرب في ذلك قبل الإسلام وأقرهم عليها ، وما تعارفوه بعد ذلك من ألفاظ تدل على إنشاء التصرفات فهو منقول بالعرف إلى معناه الجديد عن أصل الوضع ، وأن الإنشاء يستتبع آثاره المترتبة عليه كما في عقد البيع من دفع الثمن وتملك المبيع لأن صيغة العقد سبب لذلك ولا يقبل الإنشاء الصدق والكذب لأن العقل يجوز في الإخبار لاحتمالهما .

قال الإسكندر (١) :

« صيغ العقود والفسوخ والالتزامات إخبارات في أصل اللغة وقد تستعمل في الشرع كذلك فإن استعملت لإحداث حكم فهي منقولة إلى الإنشاء عندنا وقالت الحنفية إنها إخبارات عن ثبوت الأحكام بتقدير وجودها قبيل التلفظ ، هـ .

هذا ويقول الحنفية :

« إن صيغ العقود والفسوخ مثل بعث واشتريت وتزوجت وطلقت وفسخت إخبارات عن ثبوت الأحكام فمعنى قولك بعث الإخبار عما في قلبك فإن أصل البيع هو التراضي ووضعت لفظة بعث للدلالة على الرضا ، فكأنه أخبر بها عما في ضميره فيقدر وجودها قبل التلفظ للضرورة وغاية ذلك أن يكون مجازاً وهو أولى من النقل ، .

ويمكن رد ذلك : بأن الإخبار تابع لما يدل عليه الخبر عكس الإنشاء كما تقدم ، فقولنا : قام زيد تابع لتقرر خبره في الزمن الماضي ، وقولنا هو قائم تابع لقيامه في الحال ، وقولنا سيقوم تابع لتقرر قيامه في المستقبل ،



وليس المراد بالتبعية التبعية في الوجود فقط وإلا لما صدق إلا في الماضي والحاضر مقاون فلا يتبعمه في المساواة والمستقبل موجود بعد الخبر فكان متبوعاً لا تابعاً .

قال القرافي : وكذا ينبغي أن يفهم معنى قول الفضلاء : الخبر تابع لخبره ، ومثل قولهم العلم تابع لمولمه - أى تابع لتقررده في زمانه ماضياً أو حاضراً أو مستقبلاً .

وعلى هذا فن قال : بعث أو اشترت خبراً فيقال له . صدقت أو كذبت ، لأن مؤداه أنه أخبر عن شيء حدث ، فالخبر محتمل للصدق والكذب عكس الإنشاء كما تقدم وكذا من قال لزوجه الرجعية في العدة طافتك ، خبراً عما مضى لم يقع قطعاً ، وإن نوى الإنشاء وقع الطلاق بالاتفاق بين الحنفية وغيرهم .

وقد احتج غير الحنفية : بأن الإنشاء هو المتبادر في العرف إلى الفهم فوجب أن يكون منقولاً إليه كسائر المنقولات ، وذلك أن المتبادر مدرك بالعقول بالضرورة . ولا نجد في أنفسنا أن القائل لامرأة : أنت طالق ، أنه يحسن تصديقه أو تكذيبه ، والمنصف يعتمد الوجدان ومن لم ينصف يفعل ما يشاء اهـ .

وقال صاحب تهذيب الفروق في هذا الجواب : « إنه يمكن فيه ادعاء القطع ولا يتأتى للأحناف الجواب عنه إلا بالمسكارة » (١) اهـ .

ويقول فقهاء الحنفية في حديثهم عن العرف « إن العرف قاض على الوضع » فهو ينقل الصيغة من معناها اللغوي إلى المعنى العرفي ومن دلالة

الصيغة على الماضي لتدل على الحال . قال صاحب البدائع من الخفية  
في صيغة البيع (١) :

« . . أما بصيغة الماضي فهو أن يقول البائع : بعث ويقول المشتري :  
اشتريت فيتم الركن لأن هذه الصيغة وإن كانت للماضي وضماً لكنها جعلت  
إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة ، والشرع والعرف قاض على الوضع » اهـ .

ويقال لهم : إن كنتم تقولون بأن العرف - أى عرف شرعى  
أو استعمالى - قاض على الوضع اللغوى فى نقل صيغة الماضي من الدلالة  
على الماضي إلى الدلالة على الحال ، فلم لا تقولون إنه ينقل الصيغة فى العقود  
من الخبر إلى الإنشاء ، والأمر فى الحالين نقل عن أصل الوضع والعرف  
كما ذكرتم (قاض على الوضع) .

وقد ذكر فقهاء الخفية : أن النقل فى صيغ العقود عن أصل الوضع :  
إنما هو بالعرف الشرعى كما ذكر صاحب البدائع وغيره من الفقهاء فقد  
قال صاحب الهداية :

« إن صيغة الماضي وإن كانت للإخبار وضماً فقد جعلت لإنشاء شرطاً .

ويعلق على ذلك صاحب فتح القدير فيقول (٢) :

« وإنما اختيرت لإنشاء لأنها أدل على الوجود حيث أفادت دخول  
المعنى فى الوجود قبل الإخبار » وفى مجمع الأنهر : « والشرع قد اعتبر  
الإخبار لإنشاء فى جميع العقود فينعتقده به » (٣) .

(١) البدائع ج ٥ ص ١٣٣

(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٤

(٣) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج ٢ ص ٤

والحنفية لما اعتبروا صيغ العقود لإنشاء شرعاً قالوا : إن هذا مفرع على الحقيقة الشرعية .

ويرد على ذلك : بأن هذه الصيغ عرفها العرب في إنشاء العقود قبل ورود الشرع فهي من فروع الحقيقة العرفية .

فيقال لهم : إن هذا غير متجه لأن هذه الصيغ من بعت واشترت كانت أسباباً عند العرب فأقرها الشرع واستثنى بعضها فلم يعتبرها وزاد في بعضها شروطاً فالعرف هو الأصل في مقام الإنشاء .

وهذا الخلاف لا يترتب عليه أثر فقهي لأن المؤدى في النهاية واحد ، حيث أن السكل متفق على انعقاد العقد بها . فالحنفية يقولون : إن صيغ العقود إخبار عن التراضي الذي في ضمير البائع والمشتري والشارع جعل ذلك لإنشاء فهي إخبار في أصل الوضع والذي نقلها الإنشاء هو الشرع فهي تنشئ العقد ويترتب عليه آثاره .

وأما غير الحنفية فيقولون : إن الذي جعلها الإنشاء هو عرف الاستعمال وقد عرفت في إنشاء العقود قبل الإسلام ثم جاء الإسلام فأقرها ، فهي تنشئ العقود ويترتب عليها آثارها كما يقرر للحنفية .

هذا وقد ذكر الإمام القرافي في كتابيه «الفروق» و«نفائس الأصول» ما يوضح غاية الوضوح أثر العرف في كون الصيغة خبراً أو إنشاء وقال في الفروق (١) :

« إن الإنشاء لا يقع إلا منقولاً عن أصل الوضع في صيغ العقود

(١) الفروق ج ١ ص ٥٣

(٢) نفائس الأصول ج ١ ص ٥٣

(٣) الفروق ج ١ ص ٥٣ ونفائس الأصول شرح المصنف ج ١ ص ٢٢ مخطوط

والطلاق والعتاق ونحوها وقد يقع إنشاء في الوضع الأول كالأوامر والنواهي فإنها تنشأ الطالب بالوضع الأول ، والخبر يكفي فيه الوضع في جميع صورته فقول الرجل لامرأته : ( أنت طالق ) لا يفيد طلاق امرأته بالوضع الأول ، بل أصل هذه الصيغة ، أنه أخبر عن طلاقها وأنه لا يلزمه شيء كما يتفق له في بعض أحواله ، وإذا سأله امرأته بعد الطلاق فقال لها : ( أنت طالق ) لإعلام لها بتقديم الطلاق ، فهذا أصل الصيغة وإنما صارت تفيد الطلاق بسبب النقل العرفي عن الإخبار إلى الإنشاء ، وكذلك جميع صيغ هذه العقود ، اهـ .

وإذا كان الإنشاء يقع منقولاً من أصل الوضع في صيغ العقود التي صارت بعد النقل تفيد ما يترتب عليها من آثار وتنتج مما يدل على الرضا من الجانبين عرفاً فإنه يصح به انعقاد العقد ، فالعرف هو المنظور إليه ويجب اتباعه لأن اللفظ المنقول يتبادر منه ما يدل عليه عرفاً ويستغنى عن غيره . يقول القرافي (١) :

« بيان الفرق بين الصيغ التي يقع بها الإنشاء الواقع اليوم في العادة ، أن الشهادة تصح بالمضارع دون الماضي واسم الفاعل ، فيقول الشاهد : ( أشهد بكذا عندك أيديك الله ) ولو قال : ( شهدت بكذا ) ، أو أنا شاهد بكذا لم يقبل عنه ) ، والبيع يصح بالماضي دون المضارع عكس الشهادة ... وإنشاء الطلاق يقع بالماضي نحو ( طلقك ثلاثاً ) ، واسم الفاعل نحو : ( أنت طالق ثلاثاً ) دون المضارع نحو ( أطلقك ثلاثاً ) وسبب النقل بين هذه الأبواب ، النقل العرفي من الخبر إلى الإنشاء ، فأى شيء نقلته العادة لمعنى صار صريحاً في العادة لذلك المعنى بالوضع العرفي فيعتمد الحكم عليه لصراحته ويستغنى المفق عن طلب النية معه لصراحته ، اهـ .

واعتبار العرف في إنشائية الصيغة وخبريتها معتبر في كل الأحوال والأزمان ويعتمد عليه الحاكم والمفتي، وأن ذلك يرجع فيه إلى عادة الناس الجارية في الاستعمال لا بما سطره الفقهاء في الكتب الفقهية لأنها وضعت موافقة للعصر الذي كتبت فيه، كما تقدم منقولاً عن القرافي وغيره.

ومن هذا الذي ذكر تبين أثر العرف في إنشائية الصيغة وخبريتها، ومراعاة هذه القاعدة يجعل الناظر في الفقه الإسلامي يرى أنه لم يصب في قوالب جامدة لا تقبل التغيير ولا الحركة مع التطور بل هو في حركة دائمة تواجه أمور الحياة ويحقق مصالح الناس جميعاً بلاعت ولا إرهاب.

### القسم الثاني : الصريح والكناية :

الصريح في اللغة : إما من صرح بمعنى خالص من تعلقات الغير ومنه قول صريح أي لا يحتاج إلى تأويل أو إضمار ، وإما أن يكون بمعنى انكشف ومنه قولهم صرح الحق عن محضه - أي انكشف بعد خفائه . ويكون بمعنى ظهر ، مثل صرح بما نفسه - أظهره .

### تعريف الصريح في الإصطلاح :

١ - عرف السيوطي في الأشباه والنظائر فقال (١) :

(الصريح) هو اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق .

وهو بهذا يشير إلى أن الصريح له معنى واحد منحصراً لا يفهم غيره من اللفظ عند الإطلاق سواء كان ذلك في الشرع أو اللغة أو العرف .

٢ - وعرفه ابن عابدين في رد المختار فقال (١) :

( الصريح عند علماء الأصول : « ما انكشف المراد منه في نفسه فيتناول الحقيقة غير الممجورة والمجاز المتعارف ، فالأول كأعرتك والثاني كأنطعمتك أرضى » .

وفي البحر الرائق (٢) : « الصريح في أصول الفقه : ما غلب استتماله في معنى بحيث يقبأدر حقيقة أو مجازاً ، فالحقيقة الممجورة غير مرادة والتعريف صريح في شموله الحقيقة المستعملة والمجاز المتعارف مثل : من حلف لا يشرب من النهر حقيقة الشرب بالقلم ومجازه الشرب بالكوز ونحوه ولأنال الرعاة حتى الآن يشربون بأفواههم ، فأبو حنيفة - رضي الله عنه - يحمله على الحقيقة لأصالتها ، والصاحبان ومن وافقهما على المجاز (٣) .

٣ - وعرفه ابن ملك في شرح المنار فقال (٤) :

« الصريح ما ظهر المراد منه ظهوراً بيناً حقيقة كان أو مجازاً كقوله : أنت حر وأنت طالق » .

ومكذا إذا تتبع الباحث تعريفات العلماء للصريح يجد أنهم متفقون أو يكادون ، على معنى واحد للصريح هو « ما يدل على المعنى المراد وما ينطوى عليه من غير افتقار إلى شيء آخر يكشف عن المراد منه ، وقد قال ابن حجر الهيتمي : « الصريح ما يعمل بنفسه ولا نقبل لإرادة غيره » (٥) .

(٢) ج ٣ ص ٢٦٩

(١) ج ٤ ص ٥٢٥

(٤) ص ١٦٤

(٣) يرجع ما تقدم في الحقيقة والمجاز ص ٦١

(٥) الفتاوى الفقهية الكبرى ج ٤ ص ٦٦ ويرجع في ذلك أيضاً « التعبير عن الإرادة

في الفقه الإسلامي ، للدكتور وحيد الدين سوار .

والصریح حقيقة ومجاز كما أن الكناية كذلك .  
والكناية عند أهل اللغة أن يتكلم بشيء ويريد غيره .  
وعند علماء البيان : لفظ أطلق وأريد لازم معناه .

وعرفها الأصوليون كما جاء في حاشية الأزمهرى على المرأة : بأنها  
« ما استتر المراد منه في نفسه حقيقة أو مجازاً » (١) .

وعلى هذا فالفرق بين الصريح والكناية « أن الصريح لفظ يقبدر  
خصوص المراد منه لغلبة الاستعمال ، فيفهم المراد منه عند الإطلاق مثل  
بعث وزوجت وطلقت ، فهذه ألفاظ لا يفهم منها غير معناها عند الإطلاق  
وينكشف المراد بها في نفسها ، والكناية لفظ لم يظهر المراد منه على عكس  
الصريح في ذلك . فالحقيقة التي غاب معناها المجازى في الاستعمال كناية ،  
والمجاز المتعارف صريح وغير المتعارف كناية .

والصریح حكمه أنه لا يحتاج إلى نية أو قرينة بخلاف الكناية فإنها  
تحتاج إلى نية أو قرينة للدلالة على المراد منها .

أثر العرف في التمييز بين الصريح والكناية

وما غلب على استعمال الناس من الألفاظ في معنى من المعاني كان صريحاً  
فيه ولا يحتاج إلى نية أو قرينة ، سواء كان حقيقة عرفية أو لغوية جرى  
استعمالها بين الناس وإن لم تنقل عن أصل الوضع اللغوي ، وكذلك المأثور  
إذا استعمل في معنى معانيه ، أو استعمل في معانيه ، والمجاز إذا غلب  
استعماله على الحقيقة فإنه يكون صريحاً أيضاً .

وإذا احتمل اللفظ أكثر من معنى ، ولم يغلب استعماله في معنى منها واستتر المراد منه كالمترك والمجاز غير المتعارف إذا خفي معناه فلا يكون صريحاً بل كناية .

يقول الأزميرى في حاشيته على المرأة<sup>(١)</sup> :

« إن منشأ الاستتار في الكناية ليس قصد المتكلم الاستتار بل قلة الاستعمال كما أن منشأ الظهور في الصريح كثرة الاستعمال ، والاستتار وإن كان يقصد لأغراض صحيحة لكنه لا يصلح لإنشاء الكناية لأن المعنى المراد متى استتر بقلة الاستعمال يكون اللفظ كناية سواء قصد المتكلم استتاره أو لم يقصد ، ومتى لم يستتر بكثرة الاستعمال يكون صريحاً وإن قصد المتكلم استتاره لأن قول الزوج لزوجته : « أنت بائن كناية وإن لم يقصد استتاره » أ . ه .

ويقول القرافي :

« مهما تجدد العرف فاعتبره ومهما سقط فأسقطه . . . وعلى هذه القاعدة تتخرج أيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنايات ، فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى النية وقد يصير الكناية صريحاً مستغنية عن النية . .

وجاء في فتح القدير آخر باب الإيلاء : « والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة » وذكر ابن عابدين : « أن الكناية تصير صريحاً بالعرف » .

فالعرف هو المحكوم في بيان الصريح والكناية فما كان صريحاً عرفاً في صيغ الطلاق وغيره من العقود والتصرفات فيترتب عليه آثاره ، وما كان



غير صريح فينوى فيما أراده منه وذلك هو ما اتفق عليه الجميع كما يبدو لى .

ويقول القرافي فى قاعدة : « ما يصح أن تؤدى به الشهادة وقاعدة ما لا يصح أن تؤدى به الشهادة :

« والاعتماد على الصريح -- عرفاً هو الأصل ولا يجوز الإعتماد على غير الصريح لعدم تعيين المراد منه فإن اتفق أن العوائد تغيرت ، وصار الماضى موضوعاً لإنشاء الشهادة والمضارع لإنشاء العقود جاز للحاكم اعتماد ما صار موضوعاً للإنشاء ولا يجوز له الإعتماد على الأول .. فلخص لك أن الفرق بين هذه الألفاظ ناشئ عن العوائد وتابع لها وأنه ينقلب ويتنسخ بتغيرها وانتقالها ، فلا يبقى بعد ذلك خفاء فى الفرق بين قاعدة ما يصح أن تؤدى به الشهادة وقاعدة ما لا يصح أن تؤدى الشهادة به » (١) اهـ .

وقد استند الفقه الإسلامى كما ذكر إلى العرف ومنحه الأولوية فيما يدل عليه لأن غلبة الإستعمال بين قوم تولد فى نفوسهم ثقة فى اللفظ واطمئناناً إلى طواه وقد نظر الفقهاء إلى ذلك واعتبروا فهم الجماعة راسماً لها للفظ له أثر كبير فى فهم المراد منه ، وظهوره فيه حتى أصبح للعرف قوة يستطيع بها أن يجعل الصرائح كنايةات وبالعكس معنى ومبنى .

ويظهر أثر العرف فى صراحة الصيغ وكنايتها فيما ذكره الفقهاء فى بعض ألفاظ الإطلاق مثل ( أنت حرام ، أو محرمة أو حرمك على نفسى ) .

#### ١ - مذهب المالكية :

كان العرف فى عهد الإمام مالك - رضى الله عنه - فى بعض الألفاظ

المستعملة في الطلاق مثل : ( أنت حرام ، وخلية وبرية ، وحبلك على  
خاربك ) أنه يلزم الحالف بها الطلاق الثلاث لم دخول بها ، ولا تنفعه النية  
أنه أراد أقل من ذلك لاشتهار العرف في هذه الألفاظ في إزالة العصمة  
وفي العدد الذي هو الثلاث .

ولما تغير العرف عما كان عليه في هذه الألفاظ وأصبح الناس لا يستعملون  
هذه الألفاظ في الطلاق الثلاث ولا في إزالة العصمة فالعرف القديم منفي  
قطماً حينئذ .

وقال ابن عبد الحكم في لفظ الحرام في الطلاق: « لا شيء إذا كان في بلد  
لا يريدون الطلاق بذلك » .

وقال صاحب ( جنى زهر الآس ) :

« لأنه جرى العمل على أن لفظ التحريم يقع به طلاقة بائنة سواء قال  
ازوجته: هي حرام، أو أنت حرام ، أو عليه الحرام دون إرادة عدد معين .

وذكر القرافي : أن استعمال التحريم في طلاقة واحدة هو عرف مصر  
والقاهرة وذلك في عهده وإذا كان هناك بلد آخر تكرر الاستعمال عندهم  
في الحرام أو غيره من الألفاظ في الثلاث حتى صار هو العدد المتبادر من  
اللفظ. فينبذ بحسن إلزام الثلاث بهذا اللفظ وإياك أن تقول : إنما لانفهم  
منه إلا الطلاق الثلاث لأن ما لكأ - رحمه الله - قاله . أو لأنه مسطور  
في كتب الفقه لأن ذلك غلط بل لا بد أن يكون ذلك الفهم حاصلًا لك من  
جهة الاستعمال والعادة كما يحصل لسائر العوام . كما في لفظ الدابة والبحر  
والراوية ، فالفقيه والعامة في هذه الألفاظ سواء في الفهم لا يسبق إلى أفهامهم  
إلا المعاني المنقولة إليها ، فهذا هو الضابط لا فهم ذلك من كتب الفقه فإن

النقل إنما يحصل باستعمال الناس لا بتسطير ذلك في السكتب ، بل المسطر  
في السكتب تابع لاستعمال الناس » ١٠٥ .

وذكر القرافي ( في الأحكام ) : أن لفظ الحرام اشتهر في عهد الإمام  
مالك - رضي الله عنه - في إزالة العصمة والعدد الثلاث وأنه اشتهر  
في الإنشاء للمعنيين وانتقل عن أصل الوضع من الإخبار عن أنها حرام  
لأن الإخبار بذلك كذب قطعاً فلا بد حينئذ أن يقال إنها انتقلت في العرف  
لإزالة العصمة والعدد الثلاث والإنشاء - ويقول القرافي :

« إن ألفاظ الطلاق إن لم تكن إنشاء أو يراد بها الإنشاء لا تزال عصمة  
النية وملاحظة هذه القاعدة هي سبب الخلاف بين الحنف والشافعي في هذه  
المسألة ، إذا تقرر هذا فأت تعلم أنك لا تجد الناس يستعملون هذه الصيغ  
المتقدمة في ذلك . . نعم لفظ الحرام في عرفنا اليوم لإزالة العصمة خاصة  
دون عدد ، وهي مشتهرة في ذلك بخلاف ما ذكر ، ومقتضى هذا أن يفتى  
بطلقة رجعية ليس إلا وينوى في غيرها من الألفاظ التي ذكرت معها » .

## ٢ - مذهب الحنفية :

يرى المتأخرون من الأحناف : « أن لفظ ( أنت على حرام )  
أو ( محرمة ) أو ( حرمتك على نفسي ) صرائح في الطلاق البائن لتعارف  
الناس هذه الصيغ في التطليق بدون حاجة إلى النية لأن العرف له أثر  
في صراحته أو كونها كناية .

ولما وقع بها الطلاق لأن كون الطلاق البائن هو مقتضى لفظ الحرام  
وموجبه ، وإن كان الناس أثناء استعمالهم هذه الألفاظ لا يميزون بين  
الرجعي والباين ، والطلاق الرجعي لا يحرم الزوجة مادامت في العدة ،  
والطلاق الذي يفيد تحریمها في قوله ( أنت حرام ) هو الطلاق البائن

لأذهر الذي يزيل الحل عقب الطلاق مباشرة بخلاف الطلاق الرجعي فإنه الزوجة فيه تعتبر زوجة ما دامت في العدة .

ويرى المتقدمون من الحنفية : أنها كنايةات لأن معنى الحرمة المنع فهي تحتل منع الزوجة عن الخيرات أو المعاشي وتحتل منعهما من متع الزواج بطريق الطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى ، أو بطريق الإيلاء أو الظهار ، وتحتل الكذب بوصفها بالتحريم لأنها حلال في الواقع ، فإن نوى بها إحدى البينوتين أو الإيلاء أو الظهار ثبت ما نوى وإن نوى الكذب بطل الحلف ، وإن لم ينو شيئاً انصرفت إلى الإيلاء ، وهذا مذهب عمر وابن مسعود وعائشة والحسن البصري وطاوس وابن المسيب وسعيد بن جبير وإبراهيم النخعي وأصحابه رضي الله عنهم أجمعين .

وتأخر من ذلك أنها على رأى المتقدمين كتابة محتملة ودلى رأى المتأخرين ألفاظ صريحة بسبب جريان العرف بها في الطلاق حتى أصبحت لا تحتل غيره فيقع بها بلا فية .

وذكر صاحب الهداية : أن رأى المتقدمين من الحنفية ( أن كل حرام ) ينصرف إلى الطعام والشراب لأن هذه الجملة تستعمل فيما يتناول عادة ، وهو المعنى اللغوي فتحمل عليه . وقد رد ذلك بقوله : وهذا جواب ظاهر الرواية ومشايخنا قالوا : يقع به الطلاق من غير قرينة لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى .

وتقدم أن عابدين ذكر عن مشايخ بلخ أنهم قالوا : رد في كل حل حرام . أن محمداً قال : لا يقع به الطلاق إلا بالنية بناء على عرف دياره ، أما في

عرف بلادنا فيقع — أى بلا نية — لهراحتة في الطلاق عندهم حيث جرى العرف به وأصبح دالاً عليه (١) .

وقال السكال بن الهمام في فتح القدير :

« والحاصل أن المعتبر انصراف هذه الالفاظ عربية أو فارسية إلى معنى الطلاق بلا نية للتعرف فيه » .

وقال صاحب الدر المختار :

« ومن الالفاظ المستعملة في الطلاق : الطلاق يلزمنى والحرام يلزمنى وعلى الطلاق وعلى الحرام فيقع بلا نية » .

وعلق ابن عابدين على هذا فقال :

« وإنما كان ما ذكره صريحاً لأنه صار فاشياً في العرف في استعمال الطلاق ... وقد مر أن الصريح ما غلب استعماله في الطلاق بحيث لا يستعمل عرفاً إلا فيه من أية لغة كانت وهذا في عرف زماننا كذلك . فوجب اعتباره صريحاً كما أفتى المتأخرون في أنت حرام ، بأنه طلاق بائن للعرف بلا نية » اهـ .

٣ — أما الإمام الشافعي — رضى الله عنه — فيرى أن لفظ التحريم طلاق رجعي أو ظاهر إن نوى واحداً منهما وإن نوى مجرد التحريم فعليه كفارة يمين ، وهو مذهب الزهري وطاوس . وذكر بعض الشافعية أن قوله : « أنت على حرام » صريح في الطلاق بناء على تعريفهم للصريح بأنه

---

(١) يراجع العرف العام والخامس ، والشرط الثاني من شروط اعتبار العرف —

ما اشتهر عرفاً في الطلاق وحيث اشتهرت هذه الألفاظ في الطلاق فقد صارت صريحة فيه ببلانية .

ومن هذه النصوص المذكورة عن الفقهاء تبين أثر العرف في اعتبار الصريح والكتابة في ألفاظ الطلاق . فالصريح يعمل ببلانية وغيره يحتاج إلى نية ، وهذا هو رأى الحنابلة كما يفهم من كلام ابن تيمية وابن القيم .

وقد قال القرافي في الأحكام في التعليق على ألفاظ الطلاق التي كانت متعارفة فيما سبق وكيف أنها تتغير مدلولاتها بتغير العرف والاستعمال :

« إذا تقرر هذا فانت تعلم أنك لا تجد الناس يستعملون هذه الألفاظ في هذه الصيغ المتقدمة في ذلك بل تهمى الأعمار ولا يسمع أحد يقول لامرأته إذا أراد طلاقها : « أنت خلية ، ولا وهبتك لأهلك » ، ولا تستعمل هذه الألفاظ في إزالة العصمة ولا في عدد طلاقات ، فالعرف حينئذ في هذه الألفاظ منقطعاً ، وإذا انتفى العرف لم يبق إلا اللغة لأن الكلام عند عدم النية أو البساط يرجع إلى اللغة ، وفي اللغة لم توضع هذه الألفاظ لهذه المعاني التي قررها مالك في المدونة بالضرورة ، ولا يدعى أنها مدلول اللفظ لغة إلا من لا يدري اللغة ، وإذا لم تفد هذه الألفاظ لغة ولا عرفاً ولا بساطاً فهذه الأحكام حينئذ بلا مستند والفتيا بغير مستند باطلة إجماعاً وحراماً على قائلها ومتقدمها ، اهـ .

هذا وقد اتفق الجمهور من الفقهاء كما تبين على أن العرف هو المحكم في الصريح والكتابة في صيغ التصرف فإذا كان صريحاً عرفياً من الألفاظ في العقود ترتب عليه أثره ببلانية وما كان غير صريح فيتولى الشخص فيه .

وقد استند الفقه الإسلامي إلى العرف في التعرف على ما تدل عليه

الصيغة الجارية استعمالها بين الناس وذلك لأن غلبة الاستعمال بين قوم تولد في نفوسهم ثقة في اللفظ. واطمئناناً إلى خواه ، ولذا اعتبر الفقهاء فهم الجماعة واستعمالها لفظاً له أثر كبير في فهم المراد منه وبناء الحكم عليه (١).

### القسم الثالث : من أقسام صيغة التصرف :

لقد تقدم أن صيغة التصرف تنقسم إلى خبر وإنشاء وصريح وكناية . وتنقسم بعد ذلك إلى عدة أقسام تدخل تحت الخبر والإنشاء والصريح والكناية وهي :

(١) صيغة الماضي . (٢) صيغة المضارع .

(٣) صيغة الأمر . (٤) صيغة الاستفهام .

(٥) صيغة الاستقبال . (٦) الجمل الإسمية .

#### ١ - صيغة الماضي :

اتفق الفقهاء على أن صيغة الماضي يتعقد بها العقد كعت واشترت دون بحث عن النية لأنها صريحة فيما تدل عليه .

ثم اختلفوا في الدليل على استعمالها في ذلك مع أنها تدل على الماضي ثم أصبحت بعد استعمالها في انعقاد العقد متمحضة للحال .

(١) راجع في ذلك الأحكام لقراي من ٧٠ ، ٧١ والفروق ج ١ من ٤٠ ، ١٧٦ والبهجة شرح التحفة مع شرح التوديع ج ١ من ٣٨٨ والصلوى على التدوير ج ١ من ٤١٥ ، وحاشية رد المختار على الدر المختار لابن عابدين ج ٢ من ٤٦٩ ، وفتح القدير ج ٤ من ٣٧٣ ، ورسائل ابن عابدين ج ٢ من ١٢٩ . ويراجع المجموع لقنوي ج ٨ في باب الطلاق وأعلام الموقعين ج ٣ من ٦٠ وما بعدها . والفتاوى لابن تيمية ج ٣ والقواعد النورانية الفقهية من ١١٥ وما بعدها .

أولاً — ذهب المالكية ومن وافقهم : إلى أن البيع ينقصد بصيغة الماضي ، وكل ما يدل على الرضا عرفاً لأن العرف نقل صيغة الماضي من الإخبار عن الماضي إلى الدلالة على الحال وجعلها صالحة لانعقاد العقد حتى صارت أكد الصيغ في العقود مما جعل الفقهاء مجمعون على أنها تنقضى العقود صراحة دون بحث فيما وراءها من نية ، ويؤخذ فيها بالإرادة الظاهرة ، وأصبحت صيغة الماضي مشقولة لما يريد الناس في الاستعمال ، وينقصد بها العقد بمجرد صدورها لأنها وصلت إلى حد القطع والجزم ، ويرتّب على هذا ثبوت آثار العقد بمجرد صدورهما ، ولأنها تدل على الرضا من البائع والمشتري فإن قول البائع بعث دليل على حصول الرضا منه بخروج المبيع عن ملكه ، ودخول الثمن في ملكه ، وكذلك قول المشتري : قبلت دليل على خروج الثمن عن ملكه ودخول الشيء المشتري في ملكه .

والبيع من شرط انعقاد الصيغة . والمراد بها كل ما يدل على الرضا . ولما قالوا : إن الفعل الماضي أكثر الألفاظ صراحة فيما يدل عليه .

جامع في شرح الخطاب على خليل (١) :

« الصيغة التي ينقصد بها البيع ، هو ما يدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب وما يدل على الرضا من المشتري ويسمى القبول سواء كان ذلك قولاً كقول البائع : بعث وأعطيتك وشبه ذلك ، وقول المشتري : اشتريت وتملكت : أو كان فعلاً كالعاطاة ، لأن الفعل الماضي يدل على الرضا عرفاً ، والمقصود من البيع هو أخذ ما بيد غيرك بعوض ترضاه فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقبول أو فعل » اهـ .

(١) جامع في شرح الخطاب على خليل (١) :

(٢) جامع في شرح الخطاب على خليل (٢) :



ويقول الدردير في الشرح الصغير :

« ينعقد البيع بقول المشتري للبائع اشتريتها منك بكذا بالفعل الماضي ،  
ويقول البائع المشتري : بعتهكما بكذا بالماضي أيضاً ، ويرضى الآخر  
— أى يأى بما يدل على الرضا — من قول أو غيره فيكون التعبير بالماضي  
إنشاء للبيع ».

وذكر الدردير في نفس الموضوع « صيغة العقد ، : « صيغة ،  
أو ما يقوم مقامها بما يدل على الرضا . وقال الصاوى : « ما يدل على الرضا  
— أى عرفاً — سواء دل عليه لغة أيضاً أو لا ، فالأول كبرت واشترت  
وغیره من الأقوال ، والثاني كالمعاطاة » (١) .

ويقول القرافى — رحمه الله تعالى (٢) :

« البيع يصح بالماضي دون المضارع عكس التمادة فلو قال : أبيعك  
بكذا ، أو قال أبايعك بكذا لم يصح عند من يعتمد مراعاة الألفاظ  
كالشافعى ، ومن لا يعتبرها لا كلام معه ... وإنشاء الطلاق يقع بالماضي  
نحو « طلقك » واسم الفاعل نحو « أنت طالق » وبالمضارع نحو  
« أطلقك » ، وسبب هذه الفروق بين هذه الأبواب هو الثقل العرفى من  
الخبر إلى الإنشاء فأى شئ نقلته العادة لمعنى صار صريحاً فى العادة فى ذلك  
المعنى بالوضع العرفى يعتمد الحاكم عليه لصراحته ويستغنى المقتضى عن طلب  
النية معه لصراحته » اهـ .

فالعرف عند المالكية له أثر فى صراحة صيغة الماضي وجعلها دالة على

(١) الصاوى على الدردير ج ٢ ص ٣

(٢) الفروق ج ١ ص ٥٣ ويراجع بحث الخبر والإنشاء فيما تقدم .

الإيجاب والقبول دون احتمال آخر وهذا هو رأى الزيدية كما ذكر صاحب البحر الزخار في عقد البيع حيث قال :

« وينعقد بالماضين المضافين إلى النفس لا المستقبلين المحضين أو أحدهما إجماعاً ، والمذهب وقول الإمام الناصر : ينعقد بكل لفظ يقتضى التمليك عرفاً ، ٥١ .

وصيغة الماضي في الإيجاب والقبول أكثر الصيغ صراحة في الدلالة على التراضي ولذا لم يختلفوا في انعقاد العقد بها وإن اختلفوا في أى الأعراف جعلها تتمحض للحال أهو عرف الشرع أو عرف الاستعمال . ويرى جمهور الفقهاء أن انعقاد العقد ليس مقصوراً على صيغة الماضي بل ينعقد بكل ما يدل على الرضا عرفاً<sup>(١)</sup> .

ثانياً — ذهب الحنفية كما سلف — إلى أن صيغ العقود نقلت عن أصل وضعها إلى إنشاء العقد بالشرع — أو العرف الشرعى ، ولذا قال بعضهم : إن صيغة الماضي استعملها الشارع في انعقاد العقد والبيع إنشاءً تصرف شرعى فينعقد بما جاء في الشرع .

قال الباقرى في العناية<sup>(٢)</sup> :

« ولا ينعقد بلفظين أحدهما الماضي والآخر بلفظ المستقبل ، وإنما لا ينعقد بغير الماضي لأن النبى ﷺ استعمل فيه لفظ الماضي الذى يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتهراً عليه ، ٥١ .

---

(١) يراجع المفتى لابن قدامة باب البيع ج ٤ ص ٥٦٠ وما بعدها والقواعد النورانية لابن تيمية ص ١٠٥ والمجموع للنووى ج ٩ ص ١٩٦

(٢) العناية مع فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ ، ٥ ط ويراجع دور المحاكم ج ٢ ص ١٤٣

وقال السكّال بن الهمام في فتح القدير (١) :

« والبيع لإنشاء تصرف شرعى — أى تصرف يفيد حكماً يثبت جبراً — والإنشاء على هذا الوجه لا يعرف إلا بالشرع لما فيه من إثبات معنى يكون اللفظ علة له ، والعبد لا يقدر على ذلك وإنما له قدرة الإخبار عن الكائن ، أو ماسيكون ، وإذا كان الإنشاء لم يعرف إلا بالشرع ، لم يوضع له فى اللغة لفظ يخصه ، والشرع يستعمل فى إثباته لفظ الخبر — أى وضعه علة لإثباته ذلك المعنى عنده فينقصد به ... » اهـ .

ولقد احتج من قال باشتراط صيغة الماضى والإقتصار عليها بأن النبى ﷺ اقتصر عليها فى العقد كما ذكر صاحب العناية ، فأصبحت هذه هى الصيغة الشرعية فى انعقاد العقد دون غيرها إلا أن السكّال بن الهمام يذهب إلى أن ما ذكره (صاحب الهداية) فى اشتراط الماضى فى انعقاد العقد فى البيع لأنه لإنشاء تصرف شرعى والشرع استعملها فيه فيقتصر عليها ، إنه إن أعطى صيغة الماضى الأولوية فلا يجعل العقد يقتصر عليها ، وإن تمحضت للحال شرعاً ، لأن صيغة الماضى أدل على إرادة المتصرف ورضاه بتصرفه ، وفتانجه لكونها أفادت دخول المعنى فى الوجود قبل الإخبار فكانت أنسب من غيرها لإنشاء التصرف ولكن ذلك لا يمنع من استعمال غيرها فى إنشاء العقود إذا استعملت فى ذلك يقول السكّال بن الهمام بعد عبارته المتقدمة :

« وأما تعليله — أى صاحب الهداية — بأن لفظ الماضى أدل على الوجود فإنه لا يصدق إلا بتحقيق الوجود سابقاً فختير ، وربما يعطى قصر العلية عليه ، وليس كذلك بل الوجه أنه تعليل أولوية لفظ الماضى بأن يستعمل فيه ، فإنه لا يقتصر عليه » اهـ .

وذكر مثله صاحب البحر الرائق (١).

هذا هو ما قاله فقهاء الحنفية في اشتراط صيغة الماضي في انعقاد العقد بها لأنها استعملت في ذلك شرعاً والعرف الشرعى هو المسوغ لاستعمالها فيه ، وقد تقدم (في الخبر والإنشاء) ما قالوه في ذلك والرد عليه .

وأما الرد على البابرتى فيما ادعاه : من أن النبي ﷺ اقتصر على صيغة الماضي في انعقاد العقد فيقال فيه :

إن هذه الدعوى في حاجة إلى دليل يثبت أن النبي ﷺ اقتصر عليها ولم يستعمل غيرها ، وإن يجد البابرتى دليلاً سوى قوله : أن النبي صلى الله عليه وسلم قد استعملها في انعقاد العقد ، فيقال له : ورد النبي صلى الله عليه وسلم استعمل صيغة الماضي في غيرها في العقود ولم يقتصر عليها ، فقد روى ابن حزم في المحلى عن ابن عمر رضى الله عنهما حديثاً جاء فيه (٢) :

« كنّا مع النبي صلى الله عليه وسلم فكنّمت على بكر صاحب العمر فمكّن يغلبني فیتقدم أمام القوم فيزجره عمر ويرده فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر : بعنيه ، قال عمر : هو لك يا رسول الله ، قال صلى الله عليه وسلم : بعنيه ، فباعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : هو لك يا عبد الله بن عمر ، اه . »

وروى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما حديثاً آخر استعمل فيه صيغة الأمر ولم يستعمل فيه صيغة الماضي ، قال فيه :

(١) ج ٣ ص ٨٧

(٢) المحلى ج ٨ ص ٣٦١ و ٤١٨

« إنه كان يسير على جبل قد أعيا ، فرأى النبي صلى الله عليه وسلم فضربه  
فدعا فسار سيراً ليس يسير مثله ، ثم قال صلى الله عليه وسلم بعني بأوقية  
فبعته واستثنيت حملانه إلى أهلي فلما قدمنا أتيته بالجمل ونقدني ثمنه  
ثم انصرف فأسرسل على أثرى فقال : ما كنت لأخذ جملك ثم أخذ جملك  
فهو لك ، اه .

وبذلك ثبت أن الدليل النقلى يخالف ما ذكره الباری وغيره من فناء  
الحنفية : من أن صيغة الماضي استعمالها النبي صلى الله عليه وسلم واقتصر  
عليها في إعتقاد العقيد ولم يستعمل غيرها فالتعليل بأن ثبوتها عن النبي صلى الله  
عليه وسلم يجعل الإقتصار عليها دون غيرها دعوى لم يقدّم عليها دليل .  
وإن كان لصيغة الماضي الأولوية كما ذكر السكّال في الفتح فلهذا يقتصر عليها .

قال ابن نجيم في البحر الرائق عند قول صاحب الكنز (١) :

البيع يلزم بإيجاب وقبول : « أطلق في الإيجاب والقبول ولم يقيدهما  
بالماضى كما في الهداية لأن التحقيق أنه لا يتقيد بذلك لانعقاده بكل لفظين  
ينبئان عن معنى التملك والتملك ماضيين أو حالين كما في « الحانية ، لكن  
ينعقد في الماضى بلا نية وبالمضارع بها على الأصح كذا في البدائع ، .

وجاء في الفتاوى الهندية « فعل فيما يرجع إلى انعقاد البيع » :

قال أصحابنا رحمهم الله : « كل لفظين ينبئان عن التملك والتملك على  
صيغة الماضى أو الحال ينعقد بهما البيع كذا في المحيط فرسية كانت أو عربية  
ونحوهما ، كذا في التتارخانية ، (٢) .

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٥ ص ٢٨٥

(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٤

وقد ذكر الحنابلة مثل ذلك وقد جاء في القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية قوله :

« إن العقود تنعقد بكل مادل على مقصودها من قول أو فعل وبكل ماعده الناس بيعاً أو إجارة فإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ انعقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال وليس لذلك حد مستقر لا في شرع ولا في لغة ، بل تتنوع بتنوع اصطلاحات الناس كما تنوع لغاتهم وهذا هو الغالب على أصول مالك وظاهر مذهب أحمد » اهـ (١).

هذا وأما مجال الفعل الماضي في العقود فإنه يعمل في جميع العقود خلا الشهادة واللعان كما ذكر القرافي فيما تقدم وغيره من الفقهاء .

ويقول السبكي في الإبهاج :

« وأما الفعل الماضي فيعمل به في الإنشاءات خلا الشهادة واللعان فمن الإنشاءات التي يعمل فيها العقود كلها والطلاق » (٢) .

والخلاصة أن العرف هو المحكم في الألفاظ وماتدل عليه فكل ما ينبىء عن معنى انعقاد عقد من العقود فإنه يعتد به لأنه يكون دالاً على ما يريد الشخص من تصرفات . وإن كان الإيجاب والقبول يغلب استعمال صيغة الماضي فهما لهذا لا يمنع من استعمال غيرهما في ذلك من الألفاظ التي استعملت في الإنشاء بحسب العرف (٣) .

(١) القواعد النورانية الفقهية ص ١٠٥

(٢) الإبهاج شرح المنهاج ج ١ ص ٢٣

(٣) المادة (١٦٨ ، ١٦٩) من مجلة الأحكام العدلية .

## ٢ — صيغة المضارع :

صيغة المضارع قد تكون صريحة متمحضة للحال ، وقد تكون غير متمحضة للحال فتكون كناية محتاجة إلى النية .

ففي الحالة الأولى ينعقد بها العقد إذا اقترن بها ما ينبيء عن الحال ككلمة « الآن ، كأن يقول المشتري للبائع « أشتري منك الآن ، فيقول البائع : « بعت ، أو يقول البائع : « أبيعك الآن ، فيقول المشتري « اشتريت ، .

وكذلك ينعقد العقد بصيغة المضارع إذا انتفت عنه إرادة المساومة والوعد كما لو قال شخص لامرأة : « أتزوجك ، فقالت : « قبلت ، ثم العقد .

وفي الحالتين تدل صيغة المضارع على الحال فتكون صريحة في انعقاد العقد .

لأن صيغة عقد الزواج الدالة على تحققه إيجاباً وقبولا « أنكحت وزوجت و « زوجني وأنكحتني ، فيقول المحجب : « قبلت وزوجت ورضيت ، . وذلك لأن النكاح من العقود اللازمة بلا خيار مساومة ولذلك فالألفاظ التي ليست صريحة في النكاح تجمعها دلالة الحال صريحة فيه . . وينعقد بكل لفظ يدل عليه ويعتبره حرف صريحاً فيه .

قال السكال بن الهمام في فتح القدير (١) :

« ثم لما علمنا أن الملاحظ من جهة الشرع في ثبوت الانعقاد ولوومه

حكمه جانب الرضا كما نص عليه قوله تعالى : « إلا أن تكون  
تجارة عن تراض منكم ، عدينا ثبوت الانعقاد وازوم حكم العقد إلى كل  
لفظ. يفيد ذلك بلا احتمال مساومة للطرف الآخر ، فقلنا : لو قال بالمضارع  
ذى الهمزة « أتزوجك » فالت : « زوجت نفسي » ، « انعقد » ، فقال « فعلت »  
عند عدم قصد الاستيعاد لأنه يتحقق فيه هذا الاحتمال بخلاف الأول لأنه  
يستتبع نفسه عن الوعد وإذا كان كذلك وللنكاح مما لا تجرى فيه المساومة  
كان للتحقيق في الحال فانعقد به لا باعتبار وضعه للانشاء بل باعتبار  
استعماله في غرض تحقيقه واستفادة الرضا منه ، أه .

وصيغة المضارع في الأصل محتملة للحال والاستقبال كناية وإذا  
جرى العرف باستعمالها في الحال كانت صريحة فيما تدل عليه .

يقول ابن نجيم في البحر الرائق (١) :

( وفي القنية ) إنما يحتاج المضارع إلى النية إن لم يكن أهل البلد  
يستعملون المضارع للحال بل للوعد والاستقبال فإن كان كذلك كأهل  
خوارزم لا يحتاج إليها .

وصرح بذلك أيضاً ابن عابدين ( في رد المختار ) فقال (٢) :

« وهما ( أى لفظا الصيغة ) عبارة عن كل لفظين يثبتان عن معنى  
الملك والتملك ما ضيين كبعت واشتريت ، أو حالين كمضارعين لم يقرنا  
بسوف والسين كأبيعك ، فيقول : اشتريت أو أحدهما ماض والآخر  
حال ، وليكن يحتاج الأول إلى نية بخلاف الثاني فإنه نوى الإيجاب للحال

(١) ج ٥ ص ٢٨٥

(٢) ج ٦ ص ١٣ ، ١٤ والمادة (١٧٠) من المجلة .



صح على الأصل وإلا لا ، إلا إذا استعملوه للحال كأهل خوارزم  
فكالماضى وكأبيكم الآن لتمنحه للحال ، اهـ .

فالحنفية يقولون باستعمال صيغة المضارع للحال في حالة اقترانها  
بما ينبيء عن الحال من قول أو فعل أو ملاسات الظروف التي جرى فيها  
التعاقد وانتفى عنها كذلك صفة الوعد أو المساومة .

وكذلك إذا جرى عرف باستعمالها للحال ، كما أفاد ذلك عبارة ابن  
نجيم ، وصرح به ابن عابدين . وما عدا ذلك فصيغة المضارع محتملة للحال  
والاستقبال ، وإذا كانت هذه الصفة لم تكن صريحة بل كناية يرجع فيها  
إلى النية التي تصاحب العقد أو التصرف للدلالة على الحال .

هذا : وقد صرح الحكاساني في البدائع بأن : صيغة المضارع وإن  
كانت تستعمل للحال والاستقبال إلا أنها عند الإطلاق يراد بها الحال  
عرفاً وشرعاً وإغة . ومثال العرف أن من قال : فلا يفعل كذا ،  
أو أنا أملك كذا يراد به الحال ، أى يفعل ويملك فى الحال .  
ومثال الشرع ، من قال : أشهد أن لا إله إلا الله ، يكون مؤمناً .

ولو قال : أشهد أن لفلان كذا ، يكون شاهداً ، ومن قال : أقرأن  
لفلان على كذا صح إقراره .

وفى اللغة فإن صيغة المضارع موضوعة للحال أصلاً لأنه ليس للحال  
صيغة غيرها ، وللإستقبال السين وسوف ، فيكونها للحال هو الأصل  
والإستقبال دخيلاً عليها وعند الإطلاق تعبرف صيغة المضارع للحال (١)

وبعد أن يؤكد الجلال ابن الهمام في فتح القدير والبارقي في العناية ،  
حالية صيغة المضارع ، نجد أن البارقي يقول : « إن قول الفقهاء :  
إن المضارع للحال يتنافى مع قولهم إنه يحتاج إلى نية ، أ » .

ومعنى هذا أنه لو كان يدل على الحال صراحة فإنه لا يحتاج إلى نية لأن  
ما يحتاج إلى النية لا يكون صريحاً فيبادل عليه ، وما لا يحتاج بالعكس .  
ويمكن القول : بأن اشتراط النية مع المضارع إذا لم يكن هناك ما يجعله  
يتمحض للحال كالعرف أو اقترنه بلفظ يدل على الحال .

والبارقي أيضاً مع هذا يرى أنه لا يعتمد بالمضارع مع النية إلا في البيع  
فقط ، أما في غيره فلا يعتمد به إطلاقاً سواء قارنته النية أو لم تقارنه لأن  
الأصل عنده هو صيغة الماضي .

ويرى أن لفظ الماضي إن كان من البائع كان وعداً بالبيع وإن كان  
من المشتري كان مساومة .

### أما الملكية :

فإن منهم من يرون أن البيع لا ينعقد بلفظ المضارع وإنما ينعقد بالماضي  
فقط ، ثم يعود كثير منهم إلى اعتبار العرف إذا كان دالاً على أن صيغة  
المضارع قد تتمحضت للحال فإنها تعتبر في العقد .

ونذكر بعض ما قالوه في ذلك .

١ — قال ابن رشد في بداية المجتهد (١) :

« والعقد لا يصح إلا بالانفاظ. البيع والشراء التي لصيغتها ماضية مثل : أن يقول البائع قد بعث منك كذا ، ويقول المشتري قد اشتريت منك » .

٢ — يقول الخطاب في شرحه على مختصر خليل (١) :

« وأما الانفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بمجرد ما حتى يتنزل بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع مثل أن يقول المبتاع — المشتري — بكم ؟ فيقول البائع بدینک فيقول : قبلت ، فيقول البائع : لا أبيعك ، فإن كان في سوق تلك السلعة فروى أشهب أنه يلزمه البيع ، وروى ابن القاسم يحلف ما ساومه على البيع ولا يلزمه » .

ويقول الصاوى في حاشيته على شرح الدردير (٢) :

« المضارع يحتمل الحال والاستقبال ولم يكن في العرف دالا على الرضا فقبل الرجوع فيه باليمين ، ٥١ .

وقبول اليمين بالنسبة لصيغة المضارع كما ذكر الخطاب والصاوى لأنها صيغة محتملة ولو كانت صريحة في انعقاد العقد لما كان هناك حاجة إلى اليمين وهذا ما روى عن ابن القاسم .

وأما ما روى عن أشهب أنه يلزمه البيع إن كان في سوق السلعة التي أراد المشتري شراءها ، ورد البائع بصيغة المضارع « لا أبيعك » فإنه يلزمه البيع لأن وقوف البائع بالسلعة في السوق الذي تباع فيه يدل على أنها معروضة للبيع فإن هذا يجعل الانفاظ المحتملة ينعقد بها العقد إذا دل الحال على أن المراد بها إنشاء العقد .

(١) ج ٤ ص ٢٢٩

(٢) الشرح الصغير مع حاشية الصاوى ج ٢ ص ٣ ، ٤

ويقول الدردير (١) :

« وأبيعكمها بكذا من البائع أو يقول المشتري : أشتريها منك بكذا بالمضارع فيهما ، أو قال المشتري : بعني بفعل الأمر ، أو قال المشتري : اشترى مني هذه السلعة بكذا فرض الآخر فينقصد البيع .

فإن قال المبتدئ بالمضارع أو بالأمر فيهما : لم أورد بذلك إنشاء البيع ، وإنما قصدى الإخبار أو الهزل بالمضارع أو الأمر صدق يمين فإن لم يحلف لزم البيع . »

هذا : وقد تقدم : أن القرافي ذكر في اعتبار العرف في إنشاء الصيغة وخبريتها أن العرف إذا كان قد وضع الماضي لإنشاء البيع والمضارع للشهادة واسم الفاعل للطلاق فإنه إذا تغير العرف وتغيرت العادة وصار المضارع لإنشاء العقود والماضي للشهادة فإن العرف يعتبر في ذلك ويصار إليه ولا يجوز اعتبار العرف الأول ، فالاعتبار في الحالين يرجع إلى العرف . وقد صرح بذلك غير واحد من فقهاء المالكية فقالوا : إن البيع ينقصد بما يدل على الرضا من الجائدين عرفاً (٢) .

وهذا يتفق مع ما ذكره بعض الحنفية — فيما تقدم — وما صرح به ابن تيمية — رحمه الله — في الحديث عن صيغة الماضي . وقال : هذا هو الغالب على أصول مالك وظاهر مذهب أحمد رضي الله عنهما .

وقال الشوكاني من الويدية في الدر البهية : في أول كتاب البيع (٣) :

(١) المرجع السابق .

(٢) تراجع شرح الحرثي على خليل ج ٥ ص ٥

(٣) للدراري المضية شرح الدر البهية للشوكاني ج ٢ ص ٩٦

« المعتبر فيه مجرد التراضى ولو بإشارة من قادر على النطق » .

ثم قال فى شرحه عليه : أما كون المعتبر فيه مجرد التراضى ولو بإشارة من قادر على النطق فلم يكرهه لم يرد ما يدل على ما اعتبره بعض أهل العلم من ألفاظ مخصوصة ، وأنه لا يجوز البيع بغيرها ، ولا يفيد ماورد فى الروايات من نحو بعتك وبعث منك فإننا لا ننكر أن البيع يصح بذلك ، وإنما النزاع فى كونه لا يصح إلا بها ، ولم يرد فى ذلك شيء . وقد قال الله تعالى « تجارة عن تراض منكم » .

فدل ذلك على أن مجرد التراضى هو المناط ، ولا بد من الدلالة عليه بلفظ أو إشارة أو كناية بأى لفظ وقع ، وعلى أى صفة كان وبأى إشارة مفيدة حصل ، وقال صلى الله عليه وعلى آله وسلم « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه » ، فإذا وجدت طيبة النفس مع التراضى فلا يعتبر غير ذلك أه . وفى المادة (١٧٠) من مجلة الأحكام العدلية « وينعقد البيع بصيغة المضارع أيضاً إذا أريد بها الحال كأبيع واشترى ، وإذا أريد بها الاستقبال لا ينعقد » .

### ٣ — صيغة الأمر :

للإبراء فى انقضاء العقد بصيغة الأمر آراء وهى كالآتى :

أولاً : يرى المالكية أن صيغة الأمر ينعقد بها العقد ، وإن كانت ليست صريحة فى ذلك ولكن دلالة العرف على أنها ينعقد بها العقد جعلتهم يعتبرونها صالحة له لأنها حينئذ تدل على الرضا . فإذا قال المشتري : بعتى هذه السلعة فقال البائع : قد بعتها ، فقد ذكر ابن رشد أن مالكاً رضى الله عنه

يرى أن البيع قد وقع ويلزم المشتري الثمن إلا إذا أتى في ذلك بنذر فلا يلزمه الثمن وأخذ المبيع<sup>(١)</sup>.

وفي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير<sup>(٢)</sup>:

«المطلوب في انعقاد البيع ما يدل على الرضا، ودلالة الأمر على الرضا أقوى من دلالة المضارع عليه، لأن صيغة الأمر تدل على الرضا عرفاً وإن كانت في أصل اللغة محتملة، والأمر كعنى إنما يدل لغة على الأمر بالبيع له والتماسه منه إلا أنه محتمل لرضاه وعدمه لكن العرف دل على رضاه به وحينئذ فيستوى مع الماضي، اهـ.

وذكر الصاوي في حاشيته عند كلامه عن صيغة الأمر<sup>(٣)</sup>:

«فيتعقد بها — أى صيغة الأمر — البيع عندنا خلافاً للشافعية، ووجه ذلك أن العرف دل على رضاه به وإن كان ليس صريحاً في إيجاب البيع لاحتمال أمره به».

وقال أيضاً: «والأمر إنما يدل لغة على طلب البيع فهو يحتمل الرضا به وعدمه ولكن العرف دل على رضاه به وحينئذ فيستوى مع الماضي ولا يقبل رجوعه عنه ولو حلف، اهـ.

ويؤكد الخطاب أن العرف دل على أن صيغة الأمر في البيع تدل على إرادة البيع والرضا به حيث قال<sup>(٤)</sup>:

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٨١٤.

(٢) ج ٣ ص ٤، ٣.

(٣) ج ٢ ص ٣.

(٤) ج ٤ ص ٢٢٩، ٢٣٠.

« فإن قوله المشتري لمن بيده سلعة : (بمعنى هذه بعثرة) لا يدل صريحاً على إيجاب البيع من جهة المشتري ، لأنه إما أمر للبائع أو ملتزم منه ذلك وبمحتمل أن يكون راضياً أو غير راض به ، ولكن العرف دل على أن قائل ذلك طالب يريد البيع ورضى به لأن معنى صريحاً في أمر المشتري للبائع بالبيع واستيفائه منه ، وطلبه له وإرادته إياه ، وحصول مطلوب يصير به مبتاعاً فإذا أجابه البائع بحصول مطلوبه ، فقد تم له ما أراد من وجود البيع ، ا هـ .

وهذا الذي ذكرنا عن المالكية يبين وجهة نظرهم في اعتبار العرف دالاً على تمحض صيغة الأمر في الدلالة على طلب البيع والرضا به ، وإن كانت من المحتملات إلا أنها أصبحت صريحة بالعرف في ذلك .

ثانياً : يرى بعض الحنفية أن صيغة الأمر لا ينمقدها العقد في كل العقود لأن صيغة الأمر عندهم للاستقبال وليست متمحضة للحال بخلاف الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد رضى الله عنهم أجمعين .

قال السرخسي في المبسوط (١) :

« ولو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل بأن يقول أحدهما : بمعنى ، الآخر : اشتريت لا ينمقد البيع عندنا بخلاف النكاح والشافعي يسوى بينهما ، ا هـ .

وقال الكاساني في البدائع (٢) :

« وهل ينمقد بصيغة الاستقبال بأن يقول المشتري للبائع بع عبدك

(١) ج ١٢ ص ١٠٨

(٢) ج ٥ ص ١٢٣

هذا منى بكذا ، فيقول : بعث . قال أصحابنا — رحمهم الله — لا ينعقد ما لم يقل المشتري اشترى ، وكذا إذا قال البائع المشتري : اشترى منى هذا الشيء بكذا ، فقال : اشترى ، لا ينعقد ما لم يقل البائع بعث . عندنا وعند الشافعى — رحمه الله تعالى — ينعقد ، اهـ .

فالسرخسى كما رأينا يقول بعدم انعقاد العقد بها إلا فى النكاح ، والكاسانى يذكر عن الحنفية أنه ينعقد بها إذا أعلن المشتري قبوله للبيع بعد رد البائع بالإيجاب ، إذا طلب المشتري منه البيع بصيغة الأمر ، وكذلك إذا طلب البائع شراء ساعته بصيغة الأمر وأجاب المشتري بالقبول لا ينعقد ما لم يقل البائع بعث . وذلك لأن صيغة الأمر عندهم تدل على المساومة ، كما أنها طلب الإيجاب والقبول ، ولذا لا ينعقد بها العقد ، لأن إنشاء العقد أو التصرف الشرعى الذى يفيد حكماً شرعياً جبراً لا يعرف إلا بالشرع فلا ينعقد بغير الألفاظ التى استعملها الشارع فى العقد .

وزيد البابر تى أنه لا يصح البيع بلفظ الأمر ولو نوى به البيع لأن النية لا تؤثر إلا فى الألفاظ المحتملة ، ولفظ الأمر غير محتمل بحال لأنه لا يدل إلا على طلب الإيجاب والقبول ، كما أنه يدل المساومة وهى لا تدل على الرضا .

هذا ، وقد استثنى الكمال بن الهمام لفظ ( خذ ) ويقول : دلها تدل على استدعاء سابقة البيع فكان كالمضى ، إلا أن استدعاء الماضى سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذ بحسب الاقتضاء .

أما عقد النكاح الذى قالوا : بصحة انعقاده بصيغة الأمر فنراهم يعللون ذلك بأن النكاح تنقضى فيه المساومة ، فلو قال لامرأة زوجينى نفسك ، فقالت : زوجتك ينعقد العقد استحساناً والقياس أن لا ينعقد ، لأن لفظ الأمر عدة وطلب الإيجاب والقبول .



واستدلوا على ذلك بما روى : أن بلالا — رضى الله عنه — خطب امرأة من الأنصار فقال لهم : زوجوني ، فأبوا أن يزوجه ، فقال لهم : لولا أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — أمرني أن أخطب إليكم لما خطبت ، فقالوا : أملكك ، ولم ينقل أن بلالا أعاد القول ولو فعل لنقل ، ولأن الظاهر أنه أراد الإيجاب .

وجاء في حديث سهل بن سعد في قصة المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ فلم يقبلها . فقال له رجل من الأنصار : « زوجنيها يا رسول الله ، فراجعها النبي صلى الله عليه وسلم فيما يعطيها إلى أن قال : زوجتكها بما معك من القرآن ، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم قول الرجل زوجنيها مع قوله صلى الله عليه وسلم زوجتكها عقداً واقعاً (١) .

فقد اعتبر الحنفية صيغة الأمر في عقد الزواج شطراً للعقد لأنه بعيد عن المساومة بخلاف البيع ، كما أن صيغته تدل على طلب النكاح وإنشاء عقد الزواج بعد طلبه وهذا يدل على الرضا الذي يسبق الطلب فيتم به العقد على اعتبار أنه إيجاب . كما ذكر الحنفية أن الزواج يعتمد بكل لفظ دل العرف على أنه يستعمل لمعنى الزواج وكان دالاً عليه ، ولو كان من الألفاظ التي جرت على السنة العرام مصحفة غير فصيحة مثل : جوزني وجوزت وتزوجت ، إذا تعارف الناس هذه الألفاظ في الدلالة على إنشاء عقد الزواج لأنها صارت حقيقة عرفية يراد منها عند الإطلاق إنشاء عقد

(١) البدائم ج ٢ ص ٢٣٣ وأحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ١٧٣

ويراجع أحكام للمعاملات الشرعية للشيخ على الحنيف ص ٢٢٣

الزواج . وهذا قد صرح به علاء الدين الحصكفي في الدر المختار ، وذكر أنه أفتى به أبو السعود رحمه الله ، وذكر ابن عابدين في « نشر العرف » أنه أفتى به خير الدين الرملي ، وهو الذي قال به ابن عابدين في رد المختار حيث قال :

« إذا قال للعامي : جوزت بتقديم الجيم أوزوزت بالزنى قاصداً معنى النكاح يصح ، ولا شك أن لفظ « جوزت وزوزت » لا يفهم منه العاقدان والشهود إلا أنه عبارة عن التزوج ، ولا يقصد منه إلا ذلك المعنى بحسب العرف ، اهـ .

وهذا التصريح من فقهاء الحنفية بأن العرف جعل الألفاظ المصحفة يصح بها النكاح إذا كان لا يفهم منها إلا معنى التزوج ، يمكن أن يقال مثله في عقد الزواج وغيره من العقود بلفظ الأمر إذا دل العرف على المراد منه كما ذكر المالكية وغيرهم ، وبذلك نخرج عن الناحية الشككية في الألفاظ وتصبح شاملة لكل ما دل العرف على معناه في أي عقد كان .

### ثالثاً : رأى الشافعية :

ذكر ابن رشد في بداية المجتهد في حديثه عن انعقاد البيع بصيغة الأمر : أن الشافعي — رضي الله عنه — قال : إنه لا يتم — أي البيع — حتى يقول المشتري : اشتريت (١) .

كما ذكر مثله الكاساني من الحنفية عن الشافعي .

ذكر المرخسي — كما تقدم — ما يفيد خلاف ذلك حيث قال : لو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل بأن يقول أحدهما : بعني ، ويقول الآخر

اشتريت لا ينعقد البيع عندنا بخلاف النكاح ، والشافعي - رحمه الله - يسوي بينهما ، .

وهذا التردد في النقل عن الشافعي جعلنا نرجع إلى ما ذكره الشافعية مثل الشيرازي في المذهب وغيره فقد وجد أن الرأي الغالب هو انعقاد العقد بصيغة الأمر إذا اتفقت عنها ما يبدل على المساومة وكانت دالة على الرضا (١) .

ويقول الشيخ زكريا الأنصاري في شرح الهمزة لابن الوردي (٢) :

« وإنما ينعقد البيع إذا لم يك ضمناً بإيجاب من البائع وقبول من المشتري لأن البيع منوط بالرضا - لما مر - والرضا أمر خفي لأنه ميل النفس فاعبر لفظ يدل عليه ، ( وإذا ) أي الإيجاب كبت ، أو ما كت أو شريتك بمعنى بعثك أو هذا مبيع منك أو أنا بائعة لك ونحوهما . . . وكذا قوله « اشترى مني فإنه استدعاء جازم فقام مقام الإيجاب لدلالته على الرضا بخلاف أنشترى مني ، أو اشتريته مني لأنه مجرد استقبالة لرغبة المشتري » .

ويقول الرملي في نهاية المحتاج :

« ولو قال : بعني أو اشتر مني هذا بكذ فقال : بعثك أو اشتريت انعقد البيع في الأظهر لدلالة ذلك على الرضا فلا يحتاج بعده لنحو اشتريت أو ابتعت أو بعثك . واحتماله لاستقبالة الرغبة بعيد ، (٣) .

كما ذكر أن النكاح ينعقد بلفظ الأمر للاستدعاء الجازم الدال على

(١) إراجع المذهب للشيرازي ج ١ ص ٢٥٧ .

(٢) ج ٢ ص ٣٨٩ .

(٣) نهاية المحتاج شرح المنهاج ج ٣ ص ٣٧٨ .

الرضا ، ولو كانت في الصيغة تصحيف أو خطأ لغوى لا يخل بالمعنى فإنه لا يضر لأن المدار في الصيغة على المتعارف في محاورات الناس ، ولو من العارف بذلك التصحيف والخطأ (١) .

والذي نقوله بعد ذلك أن الغالب عند الشافعية أنه ينعقد العقد بصيغة الأمر وبكل ما يدل على الرضا لأنه يتضمن الإيجاب والقبول عرفاً . وصححه ابن السبكي في الإبهاج .

هذا : والإمام أحمد في ذلك قولان : أحدهما يتفق مع المالكية والشافعية والآخر يتفق مع ما ذكره بعض الحنفية قال ابن قدامة في المغني (٢) :

« وإن تقدم — أى المشتري — بلفظ الطلب فقال : بئى ثوبك ففيه روايتان أحدهما : يصح كذلك هو قول مالك والشافعي ، والثانية لا يصح وهو قول أبي حنيفة ، اهـ .

وقال صاحب جواهر العقود : « وينعقد البيع بلفظ الاستدعاء عند الأئمة الثلاثة كعنى فيقول : بعتك وعند أبي حنيفة لا ينعقد » (٣) .

وقد ذكر الدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه « مصادر الحق في الفقه الإسلامي » (٤) : « أن صيغة الأمر ينعقد بها العقد عند الأئمة جميعاً ما عدا أبا حنيفة ، وصيغة الماضي ينعقد بها العقد عند الجميع بلا خلاف ،

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٢١١ - ٢١٣

(٢) المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٣ ، ٤

(٣) جواهر العقود لشمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي الأسبوطي ج ١ ص ٥٧

(٤) ج ١ ص ٩٩

وبصيغة المضارع يجب اقترانها بالنية لانهقاد العقد بها ولا ينعقد بصيغة الاستفهام ولا بصيغة الاستقبال . ثم قال : وهذه هي خلاصة الفقه الإسلامي في هذه المسألة وبها أخذ التقنين المدني العراقي في المادة ( ٧٧ ) لمذ تجرى على الوجه الآتي :

١ - الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأى لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول .

٢ - ويكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي كما يكونان بصيغة الأمر إذا أريد به الحال .

وفي المادة ( ١٧٢ ) من مجلة الأحكام العدلية :

« لا ينعقد البيع بصيغة الأمر أيضاً كبيع واشترى إلا إذا دلت بطريق الاقتضاء على الحال فيئذ ينعقد بها البيع ، فلو قال المشتري بعني هذا الشيء بكذا من الدراهم وقال البائع بملك لا ينعقد البيع .

أما لو قال البائع للمشتري خذ هذا المال بكذا من الدراهم ، وقال المشتري : أخذه ، أو قال المشتري أولاً : أخذت هذا الشيء بكذا قرشاً ، وقال البائع خذه أو قال : الله يبارك لك فيه أو مثله انعقد البيع ، فإن قوله خذه والله يبارك همنا بمعنى أنا بعت خذ ، أ . هـ .

٤ - صيغة الاستفهام :

صيغة الاستفهام مثل هل تبيع كذا ؟ أو أبيع كذا ؟ قد تكون مجردة عما يحضنها للحال وقد يقترن بها ما يجعلها متمحضنة للحال .

أما الأولى وهي المجردة ، فإنها لا تدل على انعقاد العقد لأنها سؤال الإيجاب والقبول ، وليست إيجاباً ولا قبولاً .

وحكى كثير من الفقهاء الاتفاق على عدم انعقاد العقد بها ، وأنها إذا تقدمت على الإيجاب والقبول فلا اعتداد بها ما لم يأت بعدها ما يدل على الإيجاب والقبول من البائع والمشتري (١) .

قال الشيخ زكريا الأنصارى فى شرح التحفة :

« وكذا : اشترى منى فإنه استدعاء جازم فقام الإيجاب لدلالته على الرضا بخلاف : أشتري منى أو اشتريته منى ؟ لأنه مجرد استبانة لرغبة المشتري ، اهـ .

ولكن إذا قال المشتري : أبيعنى هذا الشيء ؟ بصيغة الاستفهام فقال البائع بعت فلا ينعقد البيع حتى يقول المشتري قبلت .

وكذلك إذا قال المشتري : أشتري منى هذا بكذا فقال المشتري اشتريت فلا يتم حتى يقول البائع بعت .

وقال ابن قدامة فى المغنى د إن العقد بصيغة الاستفهام لا يصح نص عليه أحمد — رضى الله عنه — وبه قال أبو حنيفة والشافعى — رضى الله عنهما — ولا يعلم عن غيرهم خلافاً ، (٢) .

---

(١) راجع الميسوط للسرخسى ج ٥ ص ١٣٣ ، ١٣٤ وشرح البهجة للشيخ زكريا الأنصارى ج ٢ ص ٣٨٩ ونهاية المحتاج ج ٣ ص ٣٢٨

(٢) المغنى ج ٤ ص ٣

وأما الثمانية وهي صيغة الاستفهام المقترنة بما يدل على أنها متمحضة  
للحال فند ذكر السكال بن الهمام أنه ينعقد بها العقد حيث قال :

« إذه لو قال هل أعطيتها ، فقال : أعطيت ، إن كان المجلس للوعد  
فوعده وإن كان للعقد فعقد » (١) .

فما يقرن بصيغة الاستفهام من القرائن والأحوال يجعلها تتمحض  
للحال وتصبح صالحة لانعقاد العقد .

هذا : وما تقدم عن المالكية وغيرهم كالشوكاني من أنه ينعقد العقد  
بكل ما يدل على الرضا عرفاً ، وكل ما يفهم منه الإيجاب والقبول يلزم  
به البيع وسائر العقود : فالعرف والقرائن تسوغ انعقاد العقد بصيغة  
الاستفهام ويخرجها عن أصل وضعها ودلالاتها على سؤال الإيجاب  
أو القبول ، إلى الدلالة على الإيجاب والقبول كما نقل العرف دلالة  
غيرها من الصيغ إلى الدلالة على معان جديدة — كما تقدم في أكثر من  
موضع .

## ٥ — صيغة الاستقبال :

للاستقبال نوعان من الصيغ :

١ — صيغة المضارع المبدوء بالسين وسوف عقد الجميع .

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٤

(٢) ج ٣ ص ٤ .

٢ - صيغة الأمر عند الحنفية كما تقدم وقد ذكر ما في صيغة الأمر من خلاف . .

أما المضارع المقرون بالسين وسوف فقد تمحضت صيغته للاستقبال ولذا لا تصلح في الدلالة على انعقاد العقد لأن قول المشتري « سأشتري » أو « سوف أشتري » وكذا قول البائع : « سأبيع » أو « سوف أبيع » مجرد وعد بالبيع أو الشراء ولا تحتل أكثر من هذا .

وقد جاء في الفتاوى الهندية . . . وأما ما تمحض للاستقبال كالمقرون بالسين وسوف فلا ينعقد به ، (١) .

وقد أخذت ذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٧١) .

« صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد مثل « سأبيع » و« سأشتري » لا ينعقد بها البيع ، اهـ .

#### ٦ - الجمل الإسمية :

إن المتنبع لما ذكره الفقهاء يجد أن الجمل الإسمية ينعقد بها العقد إذا جرى العرف باستعمالها في انعقاد العقد أو قامت القرينة على انعقاده بها .

والجمل الإسمية مثل : « أنت بائع أنا مشتر » تفيد الخبرية في الأصل ، فإذا جرى العرف بإفادتها الإيجاب والقبول انعقد بها العقد ، أما لو قال : « أنت بائع ؟ » على الاستفهام لم يكن ذلك إيجاباً وقبولا .



وقد تكون الجملة الاسمية متمحضة للحال مثل أن يقول البائع : « هذه السلعة بكذا ، أو أنا بائع بكذا خذها » . فيقول المشتري قبلت « أو أنا مشتري لها بكذا ، فيقول البائع « قبلت » .

والقرينة والعرف يحضنان الجمل الاسمية للحال إذا كانت محتملة ، ففي القرينة يقول السكّال بن الهمام . في فتح القدير : « ولو قال باسم الفاعل فكذلك عند أبي حنيفة ، إذا قال : « جئتكم خاطباً لإبنتك » . فقال الأب زوجته فالتسكّاح لازم وليس للخاطب أن لا يقبل لعدم المساومة فيه » (١) .

وفي القرينة والعرف يقول الخطاب : « وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم بها بمجرد ما حتى ينزل بها عرف أو عادة أو ما يدل على تاليح » (٢) .

فظروف التسكّاح بدلالة العرف أو القرينة في الألفاظ المحتملة يجعل الجمل الاسمية متمحض للحال فينعتقدها العقد دون البحث عن النية كما في صيغة الماضي وهذا هو ما صرح به القرافي كما تقدم والمفهوم من عبارة الخطاب وغيره ، وبهذا تبين أثر العرف في صبغ التصرف . واستعمالها من حيث كونها خبراً أو إنشاء صريحاً أو كناية متمحضة للحال أو غير متمحضة .

ثانياً : ما يقوم مقام الصيغة اللفظية :

الرسالة والكتابة والإشارة ، والدلالة . . .

لقد تبين في الحديث عن صيغة التصرف وأقسامها أن حديث الفقهاء

عنها كان يذهب بهم جميعاً إلى أنه لا بد أن يتوفر في صيغة التصرف  
الآتى :

١ — ظهور المعنى وتوافق الإيجاب والقبول .

٢ — جزم الإرادتين .

ولكن الفقهاء قلوا أيضاً : إن النطق باللسان ليس طريقاً حتمياً لظهور  
إرادة العاقدین بصورة قاطعة ، وإن كان النطق باللسان هو الأصل في التعبير  
عن الإرادة والرضا . فقد يقوم مقام النطق ما يدل على الرضا ويدبر عنه  
تعبيراً كافياً . . وعلى هذا قرر الفقهاء : أنه يقوم مقام النطق باللسان  
الرسالة والكتابة والإشارة والدلالة ( المعاطاة ) أو الفعل .

أدلة : الرسالة والكتابة :

لقد اشترط في صيغة العقد أنه لا بد من اقتران الإيجاب والقبول  
في مجلس واحد فإذا أوجد أحد العاقدین والآخر غائب عن المجلس ولكن  
بلغه ذلك وقبل وعاد بالقبول منه رسول إلى المجلس البائع ، أو حضر القابل  
أو كتاب منه فيكون ذلك هو نقل الإيجاب مادياً إلى مجلس القبول وبذلك  
يقع اقتران الإيجاب بالقبول في مجلس واحد .

وإذا أرسل العاقد رسولا يبلغ إيجابه فالرسول ليس إلا ناقلاً للقبول  
من العاقد فهو يقتصر على ذلك وينعقد البيع إذا بلغ الرسول الإيجاب للعاقد  
الآخر فقبله في مجلس أداء الرسالة وعلى ذلك فتصل لفظ العاقد الآخر  
بلفظ الرسول يعتبر اتصالاً حكماً بلفظه المرجب .

وإذا بلغ الإيجاب أحد بغير أمر الموجب وقبل العاقد الآخر لم ينعقد

البيع لأن المبلغ ماله وإلا فضولي وليس برسول . ولو أمر الموجب غير الرسول الذي جاءه بتبليغ إيجابه فقد أظهر الرضا بالتبليغ فإن قبل التعاقد الآخر انعقد البيع .

وأما الكتابة فهي : أن يكتب التعاقد للعاقد الآخر كتاباً يطلب فيه الشراء ويكتب الآخر كتاباً بإيجابه فيكون هذا كالوثائقها بالإيجاب والقبول نطقاً . وجاء في المادة (١٧٣) من مجلة الأحكام العدلية : « كما يكون الإيجاب والقبول بالمشاهدة يكون بالكتابة أيضاً » اهـ .

وقال الكاساني في البدائع :

« أما الرسالة فهي أن يرسل رسولا إلى رجل يقرل للرسول : إنى بعث عبدى بكذا ، فذهب الرسول وبلغ الرسالة . فقال المشتري في مجلسه ذلك ( قبلت ) انعقد البيع ، لأن الرسول سفير ومعبّر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه فكأنما حضر بنفسه فأوجب البيع وقيل الآخر في المجلس ، وأما الكتابة فهي أن يكتب الرجل إلى رجل : أما بعد فقد بعث عبدى فلاناً منك بكذا . فجاء فقال في مجلسه : « اشتريت ، لأن خطاب الغائب كتابة ، فكأنما حضر بنفسه وخطاب بالإيجاب وقبل الآخر في المجلس ، اهـ (١) .

وقال السكال في فتح القدير في الكتابة بصيغة الأمر :

« ولو كان المكتوب بعينه بكذا فكتب بعثتك لا يتم ما لم يقل الأول : قبلت ، وأما ما ذكر في « المبسوط » لو كتب إليه بعنى بكذا فقال : بعته

يتم البيع . فالبيع مراد ( محمد ) من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع في شرط الشهود لإيذان اللفظ الذي ينعقد به البيع ، وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فبمعنى من الحاضر يكون استقيلما عادة . وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شطرى العقد ، اهـ (١) .

فالكامل بن الهمام هنا يذكر الفرق بين انعقاد العقد بصيغة الأمر من الحاضر . وقد تقدم أن الحنفية ذكروا أنها تستعمل في أضيق الحدود . وأما انعقاده بها بالكتابة فقد اعتبروه جائزاً لأنها أحد شطرى العقد . وذلك جعلها تتمحض للحال . ويذكر أيضاً أن محمد بن الحسن فرق بين البيع والنكاح بالكتابة : فالبيع ينعقد بالكتابة بصيغة الأمر ، وأما النكاح مع قولهم بانعقاده بصيغة الأمر من الحاضر . فقد قال : إنه لا ينعقد بها لأنه لا بد من الشهود .

وقد ذكر ابن عابدين : أن الكتاب كالخطاب إلا في النكاح ، فإنه في البيع كما ذكر لو بلغه الكتاب ولم يجب في المجلس الذى بلغه فيه لم ينعقد البيع ، وفي النكاح لو كان الخاطب حاضراً فخطبها بالنكاح فلم يجب في مجلس الخطاب ثم أجابت في مجلس آخر فإن النكاح لا يصح لأن ما أتكم به لا يبق إلى المجلس الآخر . وهذا التعليل يحرى في البيع أيضاً فيقال : ما أتكم به لا يبق إلى المجلس الآخر فكان من حقه أن لا ينعقد أيضاً إلا أن يجاب بالفرق الواضح بين النكاح والبيع ، .

أما في الكتاب فإذا بلغها وقرأته ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذى قرأت الكتاب فيه ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود

وسمعوها كلامها وما في الكتاب يصح النكاح لأن الغائب إنما صار خاطباً لها بالكتاب ، والكتاب باق في المجلس الثاني فصار بقاء الكتاب في مجلسه وسماع الشهود ما فيه في المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرّر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر .

والذي استظهره ابن عابدين : أن البيع كالنكاح ، فإذا لم يجب في البيع في أول مجلس لبلوغ الكتاب فإن الكتاب باق بحيث إذا قرئ في مجلس ثان قبل العقد الآخر انعقد العقد (١) .

وقال الشيخ خليل وشارحه :

« ينعقد البيع بما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما .... »

وقال الدسوقي : « قوله : بما يدل ، أي عرفاً سواء دل على الرضا لغة أيضاً أو لا كعت واشترت وغيره من الأقوال كالكتابة والإشارة والمعاطاة .. » وقوله : « منهما أو من أحدهما » : راجع للقول وما بعده أي قول من الجانبين أو كتابة منهما أو قول من أحدهما وكتابة من الآخر أو إشارة منهما أو من جانب . وقول أو كتابة من الآخر ، اه (١) .

هذا هو رأي فقهاء المالكية وهو صريح في انعقاد البيع بالكتابة وهم بذلك يوافقون الحنفية فيما ذكروه .

أما الشافعية : فقد نقل عنهم قولان في المذهب ، قول راجح ذكر

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٤ ص ١٤ ، ١٥

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣ وراجع شرح الحرشي ج ٣ ص ٢٦١

في المذهب ، وهو : أنه لا يصح انعقاد البيع بها مع القدرة على النطق ، ولا ضرورة لمن قال بانعقاده بالكتابة للضرورة قال الشيرازي في المذهب :

« وإن كتب رجل إلى رجل ببيع ساعة ففهم وجهان (أحدهما) ينعقد البيع لأنه موضع ضرورة و (الثاني) لا ينعقد وهو الصحيح لأنه قادر على النطق فلا ينعقد البيع بغيره ، وقول القائل الأول : لأنه موضع ضرورة لا يصح لأنه يمكن أن يوكل من يبيعه بالقول ، .

وقال النووي في شرحه على المذهب :

« إن البيع بالكتابة مفرع على الطلاق هل يقع بالكتابة أو لا يقع فيه خلاف والأصح صحته ووقوعه . . فإن قلنا : لا يصح الطلاق فهذه العقود - يقصد البيع والإجارة ونحو ذلك - أولى أن لا تنفذ ، وإن قلنا بالصحة ففي البيع ونحوه الوجهان في انعقاده بالكتابة مع النية وهذان الوجهان ذكرهما المصنف بدليلهما أصحهما عند المصنف لا يصح

قم قال النووي . . والثاني وهو الأصح : أنه يصح البيع ونحوه بالكتابة للحصول للتراضي لاسيما وقد قدمنا أن الراجح انعقاده بالمواظاة ، (١) .

فالراجح كما ذكر النووي والأصح في مذهبه هو انعقاد البيع ونحوه بالكتابة حيث أنها تدل على التراضي عرفاً ، وقد صرح بذلك الغزالي والرافعي ، وهو الموافق لما ذكره الحنفية والمالكية ، وما استظهره

(١) المجموع للنووي شرح المذهب ج ٩ ص ١٦٢

ابن طهدين من الحنفية .. بأنه لو بلغه الكتاب ولم يجب في المجلس الأول وقرىء في المجلس الثاني وأجاب انعقد العقد ، وذلك لأن الإنسان قد لا يستطيع الإجابة فوراً ويحتاج إلى التأمل والنظر بعض الوقت ، حينئذ يمكن التواصل اللائق حرفاً بين الكتاب وجوابه فإذا طالعت الفترة بينهما حتى أصبح الكاتب لا ينتظر جواباً ثم أجاب بعد ذلك ، فالذي يجب اعتباره حينئذ أنه لا يصح ولا ينعقد العقد . وهذا هو رأى بعض الشافعية .

وذكر النووي : أنه يشترط لصحة البيع بالكتابة أن يقبل العاقد ما جاء في الكتاب بمجرد اطلاعه على الكتاب في الأصح ، وفي غير الأصح لا يشترط القبول ، بل يكفي التواصل اللائق بين الكتابين وذكر النووي أنه وجه ضعيف .

ثم ذكر النووي : أنه اختلف في انعقاد النكاح بالكتابة عند الشافعية باختلافهم في البيع والمذهب لا يصح لأن الشهادة شرط فيه ولا اطلاع للمهود على النية ، ولو قال لا بعد الكتابة نويها كانت شهادة على إقرارهما لا على نفس العقد فلا يصح ومن جوزه اعتمد الحاجة .

وقد قالوا : وحيث حكمنا بانعقاد النكاح بالكتابة فليكتب زوجتك ابنتي ويحضر الكتاب عدلان ولا يشترط أن يحضرها ولا أن يقول لهما : اشهدا بل لو حضرا بأنفسهما كفى فإذا بلغ الكتاب الزوج فليقبل لفظاً ويكتب القبول ، ويحضر القبول شاهداً الإيجاب فإن شهده آخران فوجهان : أحدهما : لا يصح لأنه لم يحضر شاهداً .. والثاني : الصحة لأنه حضر الإيجاب والقبول شاهدان ، ويحتمل تأخيرهما كما احتمل الفصل بين الإيجاب والقبول ثم إذا قبل لفظاً أو كتابة يشترط كونه على الفور ، هذا هو المذهب وفيه وجه ضعيف كما سبق في البيع ، اهـ .

وقد اشترط الفقهاء في الكتابة أن تكون مستبينة ومرسومة ، ومعنى كونها مستبينة أن تكون مكتوبة على شيء تظهر وثبت عليه ، وأن تبقى صورتها بعد الإتهام منها ، ومعنى كونها مرسومة : أن تكون مكتوبة بالكتابة المعتادة بين الناس بحيث تقرأ ويفهم المراد منها عرفاً وعادة وأن تكون مصدرة باسم المرسل والمرسل إليه ومختومة أو موقعة من المرسل منه .

وفي زماننا أصبح يكتفى في الكتابة أن تصدر باسم المرسل إليه فقط مع توقيعها أو ختمها باسم المرسل منه في نهايتها كما هو المعتاد اليوم .

والكتابة معتبرة بأي لغة كانت مادامت مفهومة ولا يشترط في الإنعقاد بها عجز العقادين عن النطق بل يصح وإن كانا قادرين عليه ، وهذا الحكم يسرى في كل العقود ماعدا عقد الزواج في حال اجتماع الطرفين في مكان واحد فإنه لا ينعقد العقد بالكتابة منهما إلا إذا كانا عاجزين عن النطق .

وفي الرسالة والكتابة تتمحض الصيغة للحال إذا كانت في ذاتها من الحاضر لا تتمحض للحال لأنها من الحاضر قد تدل على السوم في العادة .. أما من الغائب فأحد شطري العقد كما تقدم (١) .

ثانياً : الإشارة :

للعلماء في انعقاد العقد بالإشارة مذهبان :

١ — مذهب المالكية : وهو يجيز انعقاد العقد بالإشارة من الآخرس وغير الآخرس طالما كانت الإشارة تدل على المراد عرفاً .

---

(١) يراجع سوى ماتقدم تبين الحقائق وحاشية الشارح عليه ج ٤ ص ٤ وج ٦ ص ٢١٨ في « بحث مسائل شتى » ٠٠ والأشباه للسيوطي ص ٣٠٨ والمدخل الفقهي العام للزرقا ج ١ ص ٣١٢



وقد تقدم في الكتابة عن الشيخ خليل وشارحه ، أن العقد ينعقد بمالك يد على الرضى عرفاً سواء دل عليه لغة أو دل عليه بالكتابة أو الإشارة أو المعاطاة ، ولم يقيدوا الإشارة بالآخرس كما قيدوا غيرهم فإشارة غير الآخرس معتبرة عندهم .

وجاء في شرح الخطاب على خليل :

وعلم أيضاً : أنه ينعقد بكل قول يدل على الرضا وبالإشارة الدالة على ذلك وهي أولى بالجزاء من المعاطاة لأنها يطابق عليها أنها كلام . قال الله تعالى : ( آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا ) والرمز بالإشارة ، وغير الآخرس ، كالآخرس ، قال أبو الحسن في شرح مسألة المدونة المذكورة ، ونصه : « وكذا غير الآخرس إذا فهم عنه الإشارة وإنما ذكر الآخرس لأنه لا يتأتى منه غيرها ، وكل لفظه أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع وسائر العقود » (١) .

٢ — مذهب الحنفية والشافعية : ومن وافقهم . . : فقد قالوا بانعقاد العقد بالإشارة من الآخرس فقط ، لأن التعاقد إذا كان قادراً على الكلام فلا يقبل منه غيره لأن الإشارة لا تغني عن العبارة ويتعاقد الآخرس بإشارته المفهومة لأن العقد بها لا يقبل إلا منه سواء كان خرسه منذ مولده أو كان عارضاً ودام حتى وقع اليأس من كلامه .

قال صاحب البدائع من الحنفية (٢) :

(١) الخطاب على خليل ج ٤ ص ٢٢٩ والمندوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣

(٢) البدائع ج ٥ ص ١٣٥

وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا انعقادهما وصحتهما  
في بيع الآخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك لأنه إذا  
كانت الإشارة مفهومة في ذلك قامت مقام عبارته ، هذا إذا كان الآخرس  
بلياً بأن ولد الآخرس ، فإذا كان عارضاً بأن طراً عليه الحرس فلا .  
ما إذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الإشارة مفهومة فيالحق  
الحرس الأصلي ، اهـ .

وقالت المادة ١٧٤ من المجلة « ينعقد البيع بالإشارة المعروفة  
للآخرس » .

وقال ابن نجيم فيمن انعقد لسانه بعد أن كان يتكلم :  
« وأما الإشارة غير الآخرس فإن كان معتقلاً اللسان ففيه خلاف  
والفتوى على أنه إن دامت العقلة إلى وقت يجوز إقراره بالإشارة  
والإشهاد عليه ، ومنهم من قدر الامتداد بسنة وهو ضعيف وإن لم يعتقل  
اللسان لم تعتبر إشارته ، اهـ .

وبذكر ابن حابدين في عدم انعقاد العقد بإشارة غير الآخرس قوله :  
« وظاهر قوله ( من لفظين ) أنه لا ينعقد بالإشارة بالرأس ويدل عليه  
ما في الحاوي الزاهدي في فصل ( البيع الموقوف ) : فضولي باع مال غيره  
قبله فسكت متأملاً فقال ثالث : هل أذنت لي في الأجازة فقال : نعم  
فأجازته ينفذ ولو حرك رأسه بنعم فلا ، لأن تحريك الرأس في حق الناطق  
لا يعتبر ، اهـ .

وقد وافق الشافعية الحنفية فيما ذهبوا إليه فقال السيوطي في الأشباه  
والنظائر في المجموع : « الإشارة من الآخرس معتبرة وقائمة مقام عبارة  
الناطق في جميع العقود كالبيع والإجارة والهبه والرهن والتمكك والرجعة

والظهار، والحلول كالطلاق والعتاق والإبراء وغيرهما - أى المقود والحلول - كالأقارير والداوى واللعان والقذف والإسلام، أ هـ .

ثم ذكر السيوطى عن إمام الحرمين وغيره : « أن إشارة الآخرس إذا دلت على المقصود بحيث يفهم منها كل واقف عليها ما يقصده الآخرس بإشارته كانت صريحة مغنية عن النية وأما إذا كانت الإشارة غير مفهومة إلا لذوى الفطنة والذكاء فهي كناية تحتاج إلى نية » .

وأما إذا كان الآخرس نادراً على الكتابة فقد قال الشافعية إن إشارته معتبرة أيضاً وصرح به إمام الحرمين ، وشرط ( المتولى ) فى اعتبار إشارته أن يعجز عن كتابة مفهومة فإن قدر عليها فهي المعتبرة لأنها أخصط من الإشارة .

وقال السيوطى « المعتقل لسانه واسطة بين الناطق والآخرس فلو أوصى فى هذه الحالة أو قرأ كتاب الوصية فأشار برأسه أن نعم : صحته » .

وقال الحنفية : إن قدرة الآخرس على الكتابة لا تمنع من جواز تعاقده بالإشارة بخلاف غير الآخرس فلا يجوز تعاقده بالإشارة إلا لضرورة .

قال ابن نجيم فى الأشباه : « كتابة الآخرس كإشارته ، واختلفوا فى أن عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالإشارة أولاً والمعتمد لا ، ولا بد فى إشارة الآخرس أن تكون معهودة وإلا لا تعتبر » .

وأخيراً فإن إشارة الآخرس معتبرة إذا تعرف ما تدل عليه فى العادة فى المقود والحلول وذكر بعض الفقهاء وفى القصاص إلا فى الحدود

ولو حد قذف (١).

ثالثاً : البروت « الفعل » :

والمراد بالدلالة انعقاد البيع بفعل يعتبر في حكم القول أو يكون مستفاداً من حال تستدعي انعقاده به وغالباً ما يعبر عن هذا بالمعاطاة .

والتعاقّد بالمعاطاة هو أخذ وإعطاء — أى مبادلة فعلية دالة على تبادل الإرادتين والتراضى دون تلفظ بإيجاب ولا قبول ، كما يفهم من المادة ( ١٧٥ ) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها ( مرآة المجلة ) إذ جاء فيه :

« حيث أن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو التراضى من الطرفين ينعقد العقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ، ويسمى هذا : بيع التهاطى ، ينعقد بالتهاطى لأن جوازه باعتبار الرضا وقد وجد ، وحقيقته وضع الثمن وأخذ المثلث عن تراض منهما فى المجلس فى النفيس والحسيس وهو الصحيح ولو قال : خذ بكذا يقال : أخذت أو رضيت صح » اهـ .

وقد اختلف المتقدمون من الفقهاء فى البيع بالمعاطاة أما المتأخرون منهم فقد جوزوا البيع بها باعتبارها تدل عرفاً على الرضا الذى يشترط فى الإيجاب والقبول أن يأتى البائع والمشتري بما يدل عليه ..

وهذه هى مذاهب الفقهاء فى المسألة :

---

(١) يراجع سدى ما تقدم حاهية ابن عابدين ج ٤ ص ١٣ وأشباه السبوطى ص ٣١٢



لازم وإن دخول الإعطاء تحت المعاطة يعتبر تجاوزاً في التعبير . كما ذكره بعض الفقهاء كما سيأتي :

ويقول الدسوقي في حاشيته على الدردير :

« قوله : ( وإن بمعاطة ) أى هذا إذا كان دليل الرضا غير معاطة بأن كان قولاً أو كتابة أو إشارة بل وإن كان دليل الرضا معاطة . وفقاً لأحمد ، وخلافاً للشافعى القائل : لا بد من القول من الجانبين مطلقاً ، أى سواء كان المبيع من المحقرات أم لا ، قوله : ولزوم البيع فيها - أى فى المعاطة بالتقاضي - أى بالقبض - من الجانبين . فمن أخذ رخيلاً من شخص ودفع له ثمنه فلا يجوز له رده وأخذ بدله للشك فى التماثل بخلاف ما لو أخذ الرخييف ولم يدفع ثمنه فيجوز رده وأخذ بدله لعدم لزوم البيع . . . قوله ولا يتوقف - أى صحة العقد - وقوله : فيجوز أن يتصرف فيه بالآكل ونحوه أى كالصدقة - قبل دفع ثمنه - أى إن وجد من الآخر ما يدل على الرضا وإلا لم يتم العقد بيع بينهما وأكله غير حلال » ا هـ .

فالمعاطة حيث دلت على الرضا عرفاً فقد أجازها المالكية وإن كانت لا تلزم إلا بالدفع من الجانبين . .

وقد ذكر الخطاب الآراء الفقهية فى البيع بالمعاطة فى عبارة موجزة فقال (١) :

« . . . وقد يكون الدال فعلاً ( كالمعاطة ) ومى المناولة ، وقال للشيخ ( زروق ) مى : أن يعطيه الثمن فيعطيه المثل من غير إيجاب ولا قبول ،

لأن الفعل في المعاطاة يدل على الرضا عرفاً ، والمقصود من البيع إنما هو أخذ مافي يد غيرك بعوض ترضاه ، فلذا يكفي الفعل ، والمعاطاة فعل يؤدي إلى ما تؤدي إليه الصيغة .

ثم قال : والفعل الدال على الإيجاب والقبول من البائع والمشتري اختلف فيه . . فذهب مالك - - رحمه الله - - وجماعة إلى الإكتفاء بذلك وذهب جماعة من أهل العلم إلى أنه لا ينعقد إلا بالقول ، قال ابن رشد : واتفق الفقهاء على انعقاده باللفظ الدال على الرضا واختلفوا في انعقاده بالمعاطاة فذهب مالك - رحمه الله تعالى - إلى انعقاده بها مطلقاً ، وقال أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - ينعقد بها في المحقرات خاصة وإليه مال الغزالي رضى الله عنه ، اهـ .

وقد احتج المالكية بما ذكروا من أن الأفعال وإن انتفت عنها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية ، وهي كافية إذ المقصود من البيع إنما هو أخذ مافي يد غيرك يدفع عوض عن طيب نفس منك فكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل وإن كان الفعل معاطاة . وقال الإمام مالك - رضى الله عنه - كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع .

وبيع المعاطاة المحضة العاري عن القول من الجانبين لا بد فيه من حضور الثن والمثنى ولذا قال ابن عرفة أثناء كلامه عن بيعتين في بيعة : وبياعات أهل زماننا في الأسواق إنما هي بالمعاطاة فهي منحلة قبل قبض الثن ، وذكر مثل هذا الخرشى وحاشية العدوى عليه (١) .

ومع هذا التوسع الذي ذكره المالكية في اعتبار المعاطاة . . إلا أنهم وقفوا دون القول بها في النكاح واتفق الفقهاء جميعاً على ذلك .

جاء في الفروق وتهذيبه (١) :

« الفرق السابع والخمسون والمائة بين قاعدة البيع توسع العلماء فيه حتى جوز مالك وأبو حنيفة وابن حنبل البيع بالمعاطاة ، وهي الأفعال دون شيء من الأقوال وزادوا على ذلك حتى قالوا : كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع . وقال الشافعي : لا تسكني المعاطاة دون قول ، وقاعدة النكاح وقع التشدد فيها فقد انفقوا على اشتراط الصيغ فيه حتى لا يعلم أنه وجد لأحد منهم قول بالمعاطاة فيه البتة ، وبفرق بين قاعدة البيع وقاعدة النكاح على هذا ، أن النكاح لا بد فيه ، أن يشهد عليه أنه تزويج لا زنا وسفاح بخلاف البيع وليس الإشهاد شرطاً في البيع فلذا جوزوا فيه المناولة ، اهـ .

وعلى هذا فإذا كان التعاطى كافياً في عقود المعاوضات المالية حيث دل على التراضي وأفاده حسبا تجري به المعاملات بين الناس ، وأصبح يجري بجرى اللفظ في الدلالة على الإيجاب والقبول محققاً المقصود الشرعي حتى لا يكون فيه أكل أموال الناس بالباطل لأن التراضي هو المميز بين حالتي أخذ المال بالحق أو بالباطل ، فإن النكاح شرعه الإسلام ، واشترط فيه شروطاً لم تشترط في البيوع وعقود المعاوضات المالية لما يترتب عليه من نتائج خطيرة في الأموال والأناس وسائر الحقوق المتعلقة بالأسرة والتي تثبت بالنكاح الشرعي .

وحالة النكاح غير المشروع وإن كانت تشبه النكاح المشروع في مظهرها وليس بينهما ما يميز إحداهما عن الأخرى لو قلنا بالتراضي مميزاً كما في البيوع فهناك فرق . فإن الأموال يجري فيها البذل والإباحة الغير أما الإعراض فلا ، ولذا قال الفقهاء : « أن الإباحة والبذل إنما يجريان



في الأموال لا في الأعراض ، فلو جاز التعااطي في عقد الزواج ، بأن يدفع رجل إلى امرأة بعض المال كهر بقصد الزواج ثم تقبعه دون التلفظ بالعقد وتميش معه وتعاشره معاشرة الأزواج كان في هذا دلالة أكثر من الرضا بالمعاشرة ، أما قصد الزواج فلا يدل عليه شيء من هذا كما أن مجرد التراضي بالمعاشرة لا يميز النكاح عن السفاح ولذلك أجمع الفقهاء على عدم انعقاد النكاح بالتعااطي دون الإيجاب والقبول اللفظيين .

### ثانياً — مذهب الحنفية :

لقد اختلف فقهاء الحنفية في البيع بالمعاطاة ويقين ذلك من استعراض ما قالوه في ذلك . . . . .

أجيز البيع بالمعاطاة في مذهب الحنفية في أول الأمر ، في الخسيس دون النفيس كما اشترط فيه قبض البدلين ويحمل ذلك على أنه قبح للعرف فيما ألف الناس التعامل فيه بالتعااطي حيث عرف في الخسيس دون النفيس فالعمل بها في هذا نزول عند حكم الواقع بعد قبض البدلين وتام التنفيذ .

وقد اعتبر التعااطي بعد ذلك عند الحنفية في النفيس والخسيس حيث أصبح البيع بالمعاطاة يتضمن الدلالة على الرضا عرفاً فهو في ذلك مثل القول ، ويكفي فيه قبض البدلين مادام يدل على التراضي . فالتعااطي معتبر من جهة دلالاته على الرضا . وصرحوا بأنه غير معتبر إذا تعارض مع الرضا .

قال الكاساني في البدائع<sup>(١)</sup> :

«ذكر القنوري أن التعاطي يجوز في الأشياء الخسيسة ولا يجوز في الأشياء النفيسة. ورواية الجواز في الأصل مطابقة عن هذا التفصيل ، وهي الصحيحة لأن البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب ، وحقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء ، وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما والدليل عليه قوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراض م بينهم » ، والتجارة عبارة عن جعل الشيء للغير ببدل وهو تفسير التعاطي ، وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والإعطاء ، فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً فكان التعاطي في كل ذلك بيعاً فكان جائزاً ، اهـ .

فالكاساني يرى أن البيع بالمعاطاة يحقق المعنى المراد من البيع لغة وشرطاً وهو المبادلة التي يدل عليها ما ينفي عن الرضا من البائع والمشتري سواء أكان ذلك بالقول أو بالفعل وكما يصلح اللفظ في الدلالة على انعقاد البيع في الخسيس والنفيس يصلح الفعل كذلك في الدلالة عليه فيهما .

وذكر الكمال في فتح القدير أن هذا هو الصحيح خلافاً لمن قال بالتعاطي في الخسيس دون للنفيس فقال :

«... ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس ، قيل النفيس نصاب السرقة فصاعداً والخسيس مادونه ، وقوله : وهو الصحيح . من قول الكرخي إنه ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط أراد بالخسيس الأشياء المحتقرة كالبقول والرخيف والبيض والجوز إستحساناً للعادة ، قال أبو معاذ : رأيت سفيان الثوري جاء إلى صاحب الرمان فوضع عنده فلساً وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى ، وجه الصحيح أن المعنى وعو الدلالة على التراضى يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل ، اهـ (١) .

وقد ذكر صاحب الفتاوى الحانية : أن البيع بالمعاطاة ينعقد في النفيس  
والخسيس ذكره بعض الفقهاء كما ذكره محمد بن الحسن في الجامع الصغير  
في باب الوكالة (١) .

وجاء في الفتاوى الهندية د لا فرق بين أن يكون المبيع خسيساً  
أو نفيساً وهو الصحيح ، (٢) وذكر الزيلعي أن البيع بالمعاطاة في الخسيس  
والنفيس هو الصحيح لأن جواز البيع باعتبار الرضاء لا بصورة اللفظ .  
وقد وجد التراضى من الجانبين فوجب أن يجوز ، (٣) ١٥١ .

وفي النهاية يأتي ابن عابدين ليقرر بأن البيع بالمعاطاة في النفيس  
والخسيس هو الصحيح المعتمد خلافاً للكرخي الذي قال ينعقد بالتعاطى  
في الخسيس فقط ، وأن من قال : إن قول الكرخي هو المشهور فهو  
خلاف المشهور كما في البحر الرائق لابن نجيم ، وصح كذلك بيع التعاطى  
في الخسيس والنفيس ( في ملتي الأبحر وجمع الأنهر ) في باب البيع (٤) .

هذه هي خلاصة آراء فقهاء الحنفية وقد صححوا القول بالمعاطاة في  
الخسيس والنفيس لدلالة الفعل في المعاطاة على التراضى عرفاً ، وجاء في  
البحر الرائق قوله : « ويلزم البيع بالتعاطى أيضاً لأن جوازه باعتبار الرضاء ،  
وقد وجد ، وقد بناء في الهداية على أن المعتبر في هذه العقود هو  
المعاني ، (٥) ١٥١ .

---

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٩ وبهامشها الفتاوى الحانية ج ٢ ص ٢٧

(٢) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٩ وبهامشها الفتاوى الحانية ج ٢ ص ٢٧

(٣) تبين الحقائق ج ٤ ص ٤

(٤) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ١٦ ، ١٧

(٥) البحر الرائق ج ٥ ص ٢٩

وفي المادة (١٧٤) من مجلة الأحكام العدلية : حيث أن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضى الطرفين في عقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ويسمى هذا بيع التعاطى ، ا هـ .

ولما صحح فقهاء الحنفية البيع بالمعاطاة قال بعضهم إن قبض البدلين جميعاً ليس شرطاً وإن قبض أحدهما شرط في انعقاد البيع بالمعاطاة كما ينعقد باللفظ الدال على الإيجاب والقبول فقد جاء في فتح القدير واختلاف في أن قبض البدلين شرط في بيع التعاطى أو أحدهما كاف والصحيح الثاني ، ونص محمد على أن بيع التعاطى يثبت بقبض أحد البدلين وهو ينتظم الثمن والمبيع ونصه في الجامع الصغير على أن تسليم المبيع يكفي لا ينفي الآخر ، ا هـ .

وذكر البارنى في العناية « أن محمداً - رحمه الله تعالى - أشار في الجامع الصغير إلى أن تسليم المبيع يكفي في تحققه » ا هـ .

وذكر بعض الفقهاء أنه لا بد في البيع بالمعاطاة من قبض البدلين جميعاً كما جاء في الفتاوى الهندية والفتاوى الخانية والفتاوى البرازية وصححت الفتاوى الهندية أن قبض أحدهما كاف لنص محمد - رحمه الله تعالى - على أن بيع التعاطى يثبت بقبض أحد البدلين ، وهذا ينتظم الثمن والمبيع كذا في الزهر الفائق ا هـ (١) .

وقد ذكر هنا الخلاف علاء الدين الحصكفى في الدر المختار وبين أن قبض البدلين في التعاطى هو الذى عليه أكثر فقهاء الحنفية .

هذا وقد ذكروا أنه لا بد أن يكون كل من المبيع والثمن معلوماً

المتبايعين وهذا فيما يكون ثمنه غير معروف في الأسواق فإن كان سعر البلد معلوماً وهما يعلمان ذلك كان بيعاً ، أما إذا لم يكن سعر البلد معلوماً أو كان معلوماً ولا يعلم البائع أو المشتري ذلك فلا يكون بيعاً .

وذكر السكال في فتح القدير :

« ومنها قول الدلال للبراز هذا الثوب بدرهم فقال : ضعه ، وفي أجناس الناطق لو قال : بكم تبيع قميص حنطة ؟ فقال بدرهم . فقال : أعزله فمزله فهو بيع ، وكذا لو قال للقصاب مثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع القصاب من دفع اللحم أخبرهما القاضي » اهـ .

وفي الفتاوى الهندية :

« بشرط بيان الثمن لانعقاد هذا البيع بتسليم المبيع وهذا فيما ثمنه غير معلوم ، وأما الخبز واللحم فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن كذا في البحر الرائق » .

وقد ذكر للفقهاء أن التعاطى إذا كان فعلاً يتضمن الدلالة على الرضا فإن هذه الدلالة إذا عارضها لفظ صريح برفضها فإنها لا تعتبر — كما ذكر في شروط العرف — أن لا يعارضه تصريح بخلافه ، ولا يتم البيع بالتعاطى مع الرفض الصريح بنفي الرضا الضمني المستفاد من التعاطى حتى لو جاز عمل الرفض الصريح على غير ظاهره لأن اللفظ أدل على الإرادة من التعاطى ولذا فإنه مقدم في الفقه الإسلامى على غيره ، وقد قال الفقهاء : لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح .

وجاء في الفتاوى الهندية أيضاً :

« دفع إليه دراهم لبشترى البطاطيخ المعينة فأخذها ويقول البائع



فقال : قد أخذته فهو باطل وعلى هذا ما كان قوله من البيع الفاسد فإن كما تارة البيع الفاسد فهو جائز اليوم ، اهـ .

هذا هو بعض ما ذكره فقهاء الحنفية في بيع التعاطى وقد تعرضت له ( باختصار ) وبالقدر الذى يظهر معه فقه الموضوع وما تفرع عليه . وأذكر بعد ذلك مذهب الشافعية والحنابلة في هذه المسألة ..

### ثالثا — مذهب الشافعية :

روى عن الإمام الشافعي - رضى الله عنه - عدم جواز البيع بالمعاطاة لأنه يشترط لانعقاد البيع استعمال الصيغة الدالة على الإيجاب والقبول .. والفعل لا دلالة له بالوضع فلا ينعقد به البيع . جاء في المهذب للشيرازي :

« ولا ينعقد البيع إلا بالإيجاب والقبول فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع لأن اسم البيع لا يقع عليه ، اهـ .

وجاء في الوجيز « ولا تكني المعاطاة .. أصلا ، (١) اهـ .

وقال النووي في تعليقه على عبارة المهذب المذكورة (٢) :

« والمشهور من مذهبنا أنه لا يصح إلا بالإيجاب والقبول .. ولا تصح المعاطاة في قليل ولا كثير وهذا قطع المصنف والجمهور من الشافعية ، وفيه وجه مشهور عن ابن سريج : أنه يصح البيع بالمعاطاة .. ثم إن الغزالي

(١) الوجيز ج ١ ص ١٢٣

(٢) المجموع للنووي شرح المهذب ج ٩ ص ١٦٢ ، ١٦٣

والمتمولى وصاحب العدة والرافى والجمهور نقلوا عن ابن سريج أنه يجوز  
المعاطاة في المحقرات ، اهـ .

ونقل إمام الحرمين عن ابن سريج : أنه جوزها ولم يقيد الجواز  
بل أطلقه .

ثم بين النووى أن البيع بالمعاطاة هو المختار للفتوى معالا ذلك بالرجوع  
إلى العرف فقال : واختار جماعات من أصحابنا جواز البيع بالمعاطاة  
فيما يعد بيعاً . . وقال مالك : دكل ما عده الناس بيعاً فهو بيع ، ومن اختار  
من أصحابنا أن المعاطاة فيما يعد يعد بيعاً صحيحة وأن ما عده الناس بيعاً فهو  
بيع ، صاحب الشامل والمتولى والغوى والرويانى وكان الرويانى يفتى به .  
وقال المتولى : وهذا هو المختار للفتوى لأن الله تعالى أحل البيع ولم يثبت  
في الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلى العرف . . فكل ما عده الناس بيعاً كان  
بيعاً كما في القبض والحز ولأحياء الموات ، وغير ذلك من الألفاظ المطلقة  
فإنها تحمل على العرف والفظلة البيع مشهورة . وقد اشتهرت الأحاديث  
بالبيع عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم أجمعين —  
وبعده ولم يثبت في شيء منها مع كثرتها اشتراط الإيجاب والقبول  
أى بالقول والله أعلم اهـ باختصار .

ومن هذا نرى أن كثيراً من فقهاء الشافعية أفتوا بالقول بالمعاطاة  
إذا أصبحت تعد بيعاً في العرف ، وأهل الإمام الشافعى — رضى الله عنه —  
ومن ذهب إلى رأيه نظروا إلى العرف الجارى في زمنهم وهو أن المعاطاة  
كانت لا تعد بيعاً فلما أصبحت متعارفة في الانعقاد بها أفتى فقهاء الشافعية  
بجواز البيع بالمعاطاة ولذا قال النووى بعد عبارته المذكورة .

وكل ما جرت العادة فيه بالمعاطاة وعده الناس بيعاً فهو بيع وما لم



تجر العادة فيه بالمعاطاة لا يكون بيعاً بها . ووجه طريقة ابن سريج أن البيع كان معهوداً قبل ورود الشرع فورد ولم يغير حقيقته بل علق به أحكاماً فوجب الرجوع فيه إلى العرف وكل ما عدوه بيعاً جعلناه بيعاً كما يرجع في إحياء الموات والحرز والقبض إلى العرف . اهـ .

وهذا بين لنا مدى اعتبار الفقهاء للعرف في التعامل فيما ورد مطلقاً في الشريعة وأن العرف هو المحكم فيما يجري بين الناس من معاملات ولم يرد فيها نص من الشارع وفي هذا من المرونة ما يجعل الفقه الإسلامي صالحاً للعمل في كل زمان ومكان (١) .

#### رابعاً — مذهب الحنابلة :

المعاطاة في مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه — جائزة عند الجمهور من الحنابلة ، وقال بعضهم إنه يصح البيع بالمعاطاة في الأشياء البسيطة دون الكبيرة أو الخسيس دون النفيس .

#### جاء في المعنى لابن قدامة :

الضرب الثاني ( المعاطاة ) مثل أن يقول : أعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول : خذ هذا اللقواب بدينار فياخذه فهذا بيع صحيح نص عليه أحمد ، قال فيمن قال لحياز : كيف تبيع الخبز قال : كذا بدرهم فقال : زنه وصدق به فإذا وزنه فهو عليه ما وقول مالك نحواً من هذا فإنه قال : يصح البيع بما يعتقده الناس بيعاً . وقال بعض الحنفية : يصح في

خسائس الأشياء ، وحكى عن القاضي مثل هذا ، ومذهب الشافعي - رحمه الله - أن البيع لا يصح إلا بالإيجاب والقبول وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا ١ .

وإذا ما قيل إن ما مثل به ابن قدامة إعطاء وليس معاطاة ، فيقال كلاهما داخل تحت الفعل الدال على الرضا بالبيع وما فيه من معنى الإعطاء جعل الفقهاء يعبرون عنه أحياناً بالمعاطاة كما مر في أول هذا البحث عند المسالكية .

وقد استدلل الحنابلة - رضي الله عنهم - على ما ذهبوا إليه بالآتي :

أولاً : إن الله تعالى أحل البيع في قوله تعالى : « وأحل الله البيع ، ولم يبين كيفية فوجب الرجوع إلى العرف كما رجع إليه في القبض والأحرار والتمرق ، والمسلمون في أسواقهم يبيعون ويشترون على ذلك ، وكان البيع موجوداً عند العرب قبل الإسلام بالمعاطاة وبغيرها وجاء الفارغ فعلق عليه أحكاماً وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأى والتحكم .

ثانياً : لم ينقل عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول ، ولو استعملوا ذلك في بيعاتهم لنقل نقلًا شائعاً ، ولو قلنا لهم فعلوا ذلك وكان شرطاً لوجب نقله ولم يتصور إهماله منهم والخفة عن نقله .

ثالثاً : إن البيع مما تعم به البلوى فهو يقع من الصغير والكبير ومن الرجل والمرأة في كل زمان ومكان فلو اشترط له الإيجاب والقبول بالقول لبينه النبي - صلى الله عليه وسلم - بياناً طاماً ولم يخف حكمة ، لأن خفاءه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة وأكل أموال الناس بالباطل ولم ينقل عن

النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا عن أحد من أصحابه ذلك كما علمنا .  
ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ولم ينقل إنكاره  
عن أحد فكان ذلك إجماعاً .

رابعاً : إنه لو اشترط الإيجاب والقبول في كل عقد لشق ذلك على  
الناس ولما كانت أكثر عقودهم فاسدة وأكثر أموالهم محرمة ، لأن  
الإيجاب والقول إنما يراد للدلالة على التراضي فإذا وجد ما يدل على التراضي  
من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجراً عنهما لعدم التعمد فيه .

هذه هي أدلة الحنابلة على ما ذهبوا إليه ، كما ذكرها ابن قدامة في المغني  
وصاحب الشرح الكبير على متن المقنع ، وابن تيمية وغيره من فقهاء  
الحنابلة . ويقول ابن تيمية في الفتاوى والقواعد : إن العقود تنعقد بكل  
ما يدل على مقصودها من قول أو فعل وبكل ما عده الناس بيعاً أو إجارة .  
فإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم  
بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال وليس لذلك حد مستقر في شرع  
وللغة بل ، يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تنوع لغاتهم فإن ألفاظ  
البيع والإجارة في لغة العرب ليست هي الألفاظ التي في لغة الفرس  
أو الروم أو الترك أو البربر أو الحبشة بل قد تختلف الألفاظ في اللغة  
الواحدة . . ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في  
المعاملات ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم إذا كان ما تعاقدوا  
به دالاً على مقصودهم . . وهذا هو الغالب على أصول مالك وظاهر مذهب  
أحمد ، ولهذا يصحح في ظاهر مذهبه بيع المعاطاة مطلقاً ، وإن كان قد  
وجد اللفظ من أحدهما والفعل من الآخر ، بأن يقول : خذ هذا بدرم  
فياخذه أو يقول : أعطني خبزاً بدرم فيعطيه ما يقبضه ، أو لم يوجد لفظ  
من أحدهما بأن يضع الثمن ويقبض جزرة البقل أو الخلواء أو غير ذلك

كما يتعامل به غالب الناس (لعله يقصد أهل موطنه) أو بضع المتاع ليوضع له بدله فإذا وضع البديل الذي يرضى به أخذه كما يحكيه التجار من عادة أهل المشرق فكل ما عده الناس بيعاً فهو بيع اهـ .

وبعد أن يستدل على ذلك بالأدلة المتقدمة يقول :

« ونحن نعلم بالاضطرار من عادات الناس في أقوالهم وأفعالهم أنهم يلبون التراضي وطيب النفس بطرق متعددة من الأقوال والأفعال <sup>(١)</sup> ، اهـ .

وقد استدل صاحب البحر الزخار من الزيدية على جواز المعاوضة بقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في القعب والحلس لمن قال : هما على بدرهمين خذ ولم يلاحظ .

وقد يقال : إن هذا إعطاء وليس معاوضة - وقد ذكر كثير من الفقهاء كما تقدم عن المالكية ، والحنابلة أن الإعطاء داخل ضمن الفعل الدال على الرضا عرفاً والمعبر عنه بالمعاوضة .

وهذا الحديث وإن كان استدلالاً على نوع واحد من المعاوضة وهو إذا كان اللفظ من واحد والفعل من الآخر فهو استدلال على عدم اشتراط اللفظ من الجانبين <sup>(٢)</sup> .

(وبقيت مسألة تتعلق بهذا الموضوع) وهي :

« أن الفقهاء ذكروا أن الدلالة كما ينهقد بها العقد يثبت بها الخيار وتدل على شرط الخيار في البيع تبعاً لاختلاف الحال الدال على ذلك .

(١) يراجع في ذلك الأئني لابن قدامة مع الفرح الكبير على اللغز ج ٤ ص ٤ وفتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٤ والقواعد النورانية له ص ١٠٥ - ١١٢ .

(٢) البحر الزخار في فقه الزيدية ج ٣ ص ٢٦٩ .

## قال الكاساني في البدائع:

والشرط يثبت نصاً أو دلالة... وأما الاختيار من طريق الدلالة أنه يوجد منه فعل في أحدهما يدل على تعيين المالك فيه وهو كل تصرف هو اختيار المالك في الشراء بشرط الخيار.

ثم قال: ولو كان المبيع دابة فركبها فإن ركبها لحاجة نفسه كان إجازة وإن ركبها ليسقيها أو يشتري لها علفاً أو ليردها على بائعها فالقياس أن يكون إجازة وهو على خياره لأن ذلك ما لا بد منه خصوصاً إذا كانت الدابة صعبة لا تنقاد بالقود فكان ذلك الاختيار بخلاف خيار العيب إذا ركبها بعد ما علم بالعيب يبطل خياره لأر له منه بدأ ولا حاجة إلى الركوب هناك لمعرفة سيرها فكان دليل الرضا بالعيب، (١) اهـ.

ويجوز بين عابدين بين بيع التعاطى الذي لا إيجاب فيه بل فيه قبض الثمن بعد أن علم به المشتري وبين العيب الذي يتم بالإيجاب والقبول ويكون القبول فيه فعلاً يدل على الرضا فقال:

فإن من الفروع ما لو قال: كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع لركبها بملأه واللبسها بكذا رضا بالبيع، وكذا إذا قال بعثتك بألف فقبضه ولم يقل شيئاً كأن قبضه قبولاً بخلاف بيع التعاطى، فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط، ثم

ونخلص من ذلك إلى أن البيع يتعقد بما عده الناس دالاً على الرضا باللفظ أو بالفعل ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الإصطلاحات

في المعاملات كلها . من بيع وإجارة وهبة ورهن وإقرار وغير ذلك من العقود ، وهذا لا يكون في العادة إلا إذا كان هناك تعامل سابق بهذه الصورة من المعاملة . . ومثال ذلك ما ذكره ابن حجر في فتح الباري حيث قال (١) :

دا كثرى الحسن البصرى من عبد الله بن مرداس حماراً فقال : بكم ؟ قال : بدانقين ( ثلث درهم ) فركبه ثم جاء الحسن البصرى مرة أخرى فقال : الحمار الحمار فركبه ولم يشارطه . فبعث إليه بنصف درهم ولم يشارطه اعتماداً على الأجرة المتقدمة وزاده بعد ذلك عليها على طريق الفضل ، اهـ . وقد دل ذلك مع ما ذكر على أن التعبير عن الإرادة مادام قاطعاً في دلالاته على الرضا عرفاً فإنه يكفي في انعقاد العقد وهو الرأى الغالب على أقوال الفقهاء :

ويقول الأستاذ عبد الرزاق السنهورى في كتابه « مصادر الحق في الفقه الإسلامى » ، أن هذا هو الذى جرى عليه القانون المدنى العراقى الجديد في المادة (٧٩) حيث تقول :

« كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالكتابة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الآخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى وباتخاذ أى مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضى ، اهـ .

وجاء في المادة (٩٠) من القانون المدنى المصرى :

فقرة ( ١ ) التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة

المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على المقصود ،

فقرة ( ٢ ) ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً .

قال الأستاذ السنهوري في « الوسيط » ، شرح القانون المدني في هذه المادة :

« نرى من ذلك أن التعبير عن الإرادة وهو مظهرها الخارجى وعنصرها المادى المحسوس يكون تارة تعبيراً صريحاً وطوراً تعبيراً ضمناً ، ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الخارجى الذى اتخذه كلاماً أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك مظهراً موضوعاً فى ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس ، فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذى تنطوى عليه الإرادة . وقد يودى هذه الألفاظ اللسان مباشرة وقد يؤديها بالواسطة كالمخاطبة للتأفوية وكإيفاد رسول لا يكون نائباً ، وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة بأى شكل من أشكالها عرفية كانت أو رسمية فى شكل سند أو كتاب أو نشرة أو إعلان موقفاً عليها أو غير موقع مكتوبة باليد أو بالآلة الكتابة أو بالآلة الطباعة أو بأية طريقة أخرى ، أصلاً كانت أو صورة ، وبدهى أن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطاً أشد مما يتطلبه التعبير بالكتابة .

« ويكون التعبير الصريح أيضاً بالإشارة المتداولة عرفاً بإشارة الآخر من غير المهمة تعبير صريح عن إرادته ، وأية إشارة من غير الآخر من تواضعت الناس على أن لها معنى خاصاً يكون تعبيراً صريحاً عن الإرادة كجزء الرأس عمودياً دلالة على القبول وهزها أفقياً أو هو الكتف دلالة على

الرفض ، ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أى موقف لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على المقصود فعرض التاجر لبضاعته مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المدة لذلك عرض صريح على الجمهور ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان ونحو ذلك يعد تعبيراً صريحاً ويكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا كان المظهر الذى اتخذته ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة ، مثل ذلك أن يتصرف شخص في شيء ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه فذلك دلالة على أنه قبل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك وأى مظهر من مظاهر التعبير عن الإرادة الصريحة أو الضمنية يكفي بوجه عام في التعبير عن الإرادة .

#### وجاء في المادة (٩٧) من القانون المدني :

١ — إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب .

٢ — ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين وانصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه ، أ هـ .

#### وجاء في المذكرة التمهيدية بخصوص هذه المادة .

والتعبير الضمنى وضع إيجابى ، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى وقد يكون التعبير الضمنى بحسب الأحوال إيجاباً أو قبولاً ، أما السكوت فن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً وإنما يجوز في بعض



ظروف استثنائية أن يعتبر قبولاً وقد تناول النص هذه الفروض ونقل بشأنها عن تقنين الالتزامات السويسرى ضابطاً مرناً يهيء للقاضي أداة عملية للتوجيه قوامها عنصران (الأول) التثبت من عدم توقع أى قبول صريح ، وهذه الواقعة قد تستخلص من طبيعة التعامل أو من عرف التجارة وسفنها أو من ظروف الحال .

( الثانى ) التثبت من اعتصام من وجه الإيجاب بالسكوت فترة معقولة اهـ .

وقد أخذ القضاء المصرى بحلول تشابه الحلول التى يقررها النص فالأصل عنده أن السكوت وحده مجرداً من أى ظرف آخر لا يعتبر قبولاً ولكن يجوز أن يستخلص من ظروف معينة تلايس السكوت كقيام تعامل سابق بين المتعاقدين ويجوز أن يكون السكوت بمنزلة القبول لا بالنسبة لإتمام العقد فحسب بل وكذلك بالنسبة لإلغائه أو الإقالة منه ويجوز أن يحمل عرف التجارة للسكوت شأن القبول . إذا عرض فى وضع يستتبع حمله على حمل الإرباط البات .

### رابعاً - العرف وتخصيص العام

العرف قسمان : عرف شرعى ، وعرف غير شرعى . استعمالى أو لغوى .

أما العرف الشرعى ( الحقائق الشرعية ) فهو مخصص لعموم ألفاظ الشارع مثل قوله صلى الله عليه وسلم د من حاف واستثنى عاد كن لم يحلف ، فهو يختص باليمين بالله تعالى لأنه اليمين فى الشرع فتى كان المتكلم هو الشارع كان المعتبر هو العرف الشرعى بلا خلاف .

أما العرف غير الشرعي أو عرف الاستعمال . الجارى بين الناس  
قال كلام فيه في موضعين :

الأول : تخصيص عمومات الشريعة .

الثاني : تخصيص عمومات ألفاظ الناس التي يستعملونها في مخاطبتهم .

أما الموضع الأول : وهو تخصيص الخطاب الشرعي بما اعتاده الناس  
وتعارفوه ففيه خلاف بين العلماء .

ومحل النزاع في المسألة : إذا أورد اللفظ عاماً واختص تعامل المخاطبين  
ببعض ما تناوله فهل هذه العادة في التعامل تخصص العام بذلك البعض أو يبق  
على عمومته ؟

مثال ذلك ، إذا تعارف الناس الربا في البر وجاء خطاب الشارع  
بتحريم الربا والحال أن الربا في اللغة يعم كل ربا في البر وغيره ولا إجماع  
ولا تقرير على اعتبار هذه العادة (١) .

قال الحنفية : ومن وافقهم :

و يختص بالبر لقيام التخصيص وهو العرف والعادة .

وقال الجمهور :

واللفظ عام ولا يصلح هذا العرف تخصيصاً له فيبقى على عمومته لأن  
المعتبر تناول اللفظ فجرد العادة لا يصلح تخصيصاً . وذكر ابن السبكي  
والجلال في شرحه على جمع الجوامع : أنه الأصح .

وأما التخصيص بالعرف القولي فلا خلاف فيه بين العلماء .

وقد استدلل أصحاب المذهب الأول فقالوا :

إن المصارع لو قال حرمت الربا ، والعادة اختصاص الربا في البحر والحال أن الربا فيه وفي غيره من الحبوب لغة فإن حرمة الربا تختص بالبر لقيام المخصص وهو العادة كما يخص الدابة بذوات الأربع بعد ما كان في اللغة لكل ما يدب على الأرض وكما يتخصص اللحم في قوله : لا أشتري لحماً باللحم المعتاد في البلد فإن اللفظ خصص بالتعامل وهو بعض ما تناوله .

قال ابن أمير حاج في التقرير والتحبير ، (١) :

والعرف العملي : يقوم مخصص للعام الواقع في مخاطبتهم عند الحنفية خلافاً للشافعية كحرمة الطعام وعادتهم أكل البر انصرف إليهم وهو — أى قول الحنفية — الوجه ، وأما تخصيص العام بالعرف القولي ، وهو أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى فباتفاق كالدابة على الحمار والدرهم على النقط الغالب ، اهـ .

أما أصحاب المذهب الثاني فقد قالوا :

إن العرف العملي لا يخصص العام بمعنى أنه إذا تعارف الناس نوعاً من الطعام ثم ورد خطاب المصارع بتحريمه وكانوا لا يتناولون غيره والنهي عام لم يخصص بالمعتاد دون غيره ، فيجب الأخذ بخطاب الشارع وإطراح تلك العادة لأن الخبر الذي جاء به الشارع إنما ورد لينقل الناس عما اعتادوه فلا يخضع له .

قال الزركشي في البحر المحيط : وانظر الشارع لا يتخصص بالعرف

عند المحققين من أهل الأصول<sup>(١)</sup>. وقال صاحب المعتمد : العادة التي بخلاف العموم ضربان (أحدهما) عادة في الفعل والأخرى عادة في استعمال العموم. أما الأول : فبأن يعتاد الناس شرب بعض الدماء فحرم الله تعالى الدماء بكلام يعنها فلا يجوز تخصيص هذا العموم بل يجب تحريم ما جرت به العادة وغيره. وأما الثاني : فيجوز أن يكون العموم مستغرقاً في اللغة ويتمتع الناس الاستعمال في بعض تلك الأشياء فقط كاسم الدابة ، فإنه في اللغة لكل ما يدب ، وقد تعورف استعماله في الخيل فقط — كما في بعض البلاد — فتمت أمرنا الله بشيء يتعلق بالدابة حمل على العرف لأنه به أحق وليس ذلك بتخصيص على الحقيقة وإنما هو بالنسبة إلى اللغة ، وفرق بين ألا يعتاد الفعل أولاً يعتاد لإطلاق الاسم على المسمى ، وذكر الغزالي مثل ذلك ، .

وقال أبو بكر الصيرفي : الاعتبار بعموم اللسان ولا اعتبار بعموم ذلك الاسم على ما اعتادوه لأن الخطاب إنما يقع بلسان العرب على حقيقة لغتها فلو خصصناه بالعادة للزم تناوله ببعض ما وضع له وحق الكلام العموم ولستنا ندرى هل أراد الله ذلك الحكيم أم لا فالحكم للاسم حتى يأتي دليل يدل على التخصيص ، وهذا كله بالنسبة إلى خطاب الله وخطاب رسوله صلى الله عليه وسلم<sup>(٢)</sup>.

وقال الاستوى : لا إشكال في أن العادة القولية تخصص العموم نص عليه الغزالي وصاحب المعتمد ومن تبعه ، لأن الحقيقة العرفية مقدمة على اللغوية ، وأما العادة الفعلية ففيها مذهبان ، وذكر المذهبين المذكورين<sup>(٣)</sup>.

(١) البحر المحيط ج ٢ ورقة ٩١ ، ٩٢ ويراجع المعتمد لأبي الحسين البصري ج ١ ص ٣٠١

(٢) (٣) ج ٢ ص ١٣٨

(٢) البحر المحيط ج ٢ ورقة ٩١ ، ٩١

وقال الزركشي : لأنه سمع الشيخ عز الدين بن عبد السلام يحكي الإجماع على أن العادة الفعلية لا تخصص ، ولعله يريد إجماع الشافعية (١) .

وقد قال العالمى ، العادة الفعلية لا تخصص إلا إذا أجمعت الأمة على استحسانها ثم قال : ولقائل أن يقول : هذا تخصيص بالإجماع لا بالعادة وحينئذ يكون التخصص هو دليل الإجماع ، اهـ .

وقال بعض الفقهاء إن الخلاف في تخصيص العموم بالعادة بمعنى الفعلية فإن الواجب على المخاطبين أن يتحولوا عن تلك العادة لأنها لا تخصص ولا تعتبر وإذا ورد النص طاماً فيبقى على صومه ، اهـ .

وقال القرافى فى الفرق :

« إن العرف القولى يؤثر فى الألفاظ تخصيصاً وتقييداً وإن العرف الفعلى لا يؤثر فى اللفظ القولى تخصيصاً ولا تقييداً لعدم معارضة الفعل لوضع اللغة ومعارضة غالبية استعمال اللفظ فى العرف للوضع القولى ، اهـ .

هذا وقد وجد أن بعض الفقهاء خالف جمهور مذهبه ومن هؤلاء الزيلعى من فقهاء الحنفية ( فى تبين الحقائق ) .

وكذلك خالف القرافى جمهور المالكية وقد حكى المازرى والقرطبى أن المذهب فيه خلاف فى تخصيص العام بالعرف العملى ومال القرطبى إلى القول بالتخصيص وهو ما قال به الإمام مالك — رضى الله عنه — فى تخصيص آية الرضاع بالشريعة — كما سيأتى — وكذا ذكر الدسوقي عن الباجى وابن عبد السلام وغيرهما فقد جاء فى حاشيته على الشرح الكبير :

(١) البحر المحيط ج ٢ ورقة ٩٢

وذكر ابن عبد السلام أن ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف وإن كان فعلياً ونقل الوانوغى عن الباجى : أنه صرح بأن العرف الفعلى يعتبر مخصصاً أيضاً وفى الفلشافى : لا فرق بين القولى والفعلى فى ظاهر المذهب ، (١) ١٥١ .

ومن تتبع أقوال المالكية فى هذه المسألة فى مظانها يجد أن جمهور المذهب على أن العرف العملى مخصص وذلك إذا وجد فى زمن الخطاب واستمر الناس عليه لأن النص الشرعى عند ماورد والعادة قائمة فإنه نزل بحسب ما يفهمه الناس من أغاثيم وتخطايطهم وأفعالهم الدالة على ذلك وبهذا يلتقى المالكية من غيرهم عن قولوا بتخصيص العام بالعرف العملى ، وعلى كل فالمسألة فيها المذهبان المذكوران فيما تقدم بأدلتها وبقي مناقشة هذه الأدلة .

قال الحنفية : لقد قلتم إن العرف العملى يقيد المطلق فلم لا يخصص العام حيث لا فرق بينهما فإنه إذا قال : إشترا لى وكان المعتاد هو لحم الضأن بخصوصه لم يفهم منه غيره لأنه المتبادر من اللفظ عند إطلاقه وكذلك لا يحث الخائف ألا يأكل لى إلا بما يعتاد أكله ، فلم لا تقولون ذلك فى تخصيص العام بالعرف إذا ماورد خطاب الشارع عاماً وكانت العادة بعض ما تناوله اللفظ لأنه لا فارق من حيث تبادر ما هو متعارف إلى الفهم وبسبق إليه دون غيره والشريعة راعت فى خطابها مفهوم العرب فيما بينهم فى لغتهم فوجب التخصيص والتقييد واحد .

وكذلك فإن العرف القولى يخصص باتفاق الجميع فلم لا يخصص العرف العملى حيث لا فارق بينهما .

(١) الدسوق على المرح الكبير ج ٢ ص ١٤٣

وفي ذلك يقول ابن أمير حاج بعد عبارته المتقدمة :

« لنا الاتفاق على فهم لحم الضأن بخصوصه في إشتراهما ، وقصر الأمر في شراء اللحم عليه إذا كانت العادة أكله فوجب كون العرف العملي مخصصاً كالعرف القولي لاتحاد الموجب وهو تبادره بخصوصه من إطلاق اللفظ فيهما ، وإلغاء الفارق بينهما بالإطلاق والعموم اظهر أنه لا أثر له فيه ، وأيضاً لا أثر بين دلالة المطلق على المقيد من أنها دلالة الجزء على الكل وبين دلالة العام على الخاص من أنها دلالة الكل على الجزء (وهو قسمي) فإن فرد العام جزئية لا جزؤه : وشتان ما بينهما » .

وقال صاحب مسلم الثبوت في رده على الجمهور :

« إن القول : بتخصيص العام بالقولي دون العملي وكذلك تقييد المطلق بهما دون تخصيصه بالعملي تحكم صريح فلا يسمع ، وأن الفارق الذي ذكرتموه بين تقييد المطلق وتخصيص العام ملغى لأن مناط التخصيص والتقييد واحد وهو المتبادر عند غلبة الاستعمال فإذا تبادر التقييد في المطلق يتبادر التخصيص في العام .

وقد رد قياس الحنفية العام على المطلق بأمرين :

١ — إن ذلك غير محل النزاع ، لأن المطلق في إشتراهما نزل على المقيد بقريضة مهلم إليه وليس فيه ترك للمطلق وإنما الكلام في العموم هل ينزل منزلة الخصوص وأين أحدهما من الآخر . والجواب على هذا فيما ذكر قبله .

٢ — إن قياس العام على المطلق قياس في اللغة فلا يقبل .

وأجيب على ذلك : بأنه ليس قياساً في اللغة لأن قياس اللغة إطلاق

لفظ على شيء قياساً على آخر ، وما هنا ليس كذلك لأنه قياس في إثبات حالة للفظ . فكما ثبت حالة التقييد ثبت حالة الإطلاق .

ويمكن أن يقال : إن حمل العام على المطلق من باب التنظير لا من باب القياس ودليل ذلك : أن الاستقراء شاهد بأن ما يتبادر إلى الذهن من اللفظ تجب إرادته والذي أوجب التبادر هنا هو التعامل ( وبذلك يترجع قول من ذهب إلى التخصيص من الحنفية ) .

وإذا قلنا بتخصيص الخطاب الشرعي بالعرف العملي فإن ذلك على ضربين :

### الضرب الأول :

عرف وجد واستقر قبل ورود الخطاب وأقره الشارع ، وقد قال الفقهاء فيه : إنه مخصص للعام وفي الحقيقة أن التخصيص إنما هو بتقرير الشارع لتلك العادة وقد تقدم أن الذين قالوا بعدم التخصيص قالوا : إن العادة بمجرد وجودها لا تخصص . وقد قالوا : إن الشارع إذا أقرها فهي مخصصة لأن وجودها قبل الخطاب تكون كالمفوض بها لتعارفها بين الناس وتعاملهم بمقتضاها ، فالتقرير لها وعدم إلغائها يجعلها مخصصة لا بمجرد كونها عادة وكذلك إذا أجمع عليها الصحابة فالمعتبر حينئذ هو التقرير أو الإجماع الحادئان بعد استقرار العادة واستمرارها .

وقال صاحب بلوغ السؤل من المالكية (١) :

وأما العادة المتقررة قبل ورود الخطاب كما لو كانت عادتهم تناول



البر من الطعام فورد خطاب عام بتحريم الربا في الطعام فذهب الجمهور إلى أنها ليست مخصوصة بل اللفظ باق على عمومته . ثم قال : قال الزهوني :

« وعندي أن ما روى عن مالك — رضى الله عنه — من تخصيص عموم قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن » بالشريفة وأنه لا يجب عليها إرضاع ليس من هذا القسم فقط بل منه ومن الذى قبله — أى التى تقررت بعد وروده — وذلك أن هذه العادة كما ذكر بعضهم هى عادة العرب قبل الإسلام واستمر الأمر فيها بعد الإسلام إلى زمن مالك فأقارها فى زمن الوحي يقتضى التخصيص ، اهـ .

فمادة العرب كانت قبل الإسلام أن ترضع المرأة غير الشريفة ولدها وأما الشريفة فلا يجب عليها إرضاع ولدها ، واستمر هذا للعرف إلى أن جاء الوحي ونزل القرآن فى حكم إرضاع الطفل ولم يتعرض لهذا العرف بالإلغاء وكذلك لم يوجب عليها الإرضاع لأنه لو وجب عليها ما استحقت الأجرة كذلك ، قال تعالى « فإن تعامرتن فسترضعن له أخرى » ، فهذا نص صريح فى عدم وجوب الإرضاع على الأم فلما جرى العرف بأن غير الشريفة ترضع ولدها والشريفة لا ترضع ولدها قال الإمام مالك — رضى الله عنه — بتخصيص الآية بالعرف .

هذا وإذا بلغ الولد حد الاضطراب للأم بمعنى ألا يوجد غيرها أو لا يرضع إلا منها فإنه يجب عليها رضاعه كما يجب على كل أحد مواساة المضطر فى الطعام .. كما ذكر الفخر الرازى فى تفسيره (١)

وقال ابن حبان فى البحر المحيطة فى كلامه عن معنى الآية (٢) :

(١) ج ٢ ص ٢٦٣

(٢) ج ١ ص ٤٠٤

د صورته خير محتمل أن يكون معناه — أى فى حكم الله تعالى الذى شرعه — فالوالدات أحق برضاع أولادهن . ويحتمل أن يكون معناه الأمر لكسبه أمر فرب لا إيجاب إذ لو كان واجباً لما استحققت الأجرة . قال تعالى : ( وإن تعامرتن فسترضعن له أخرى ) فوجوب الإرضاع إنما هو على الأب لا على الأم ، وعليه أن يتخذ له ظئراً إلا إذا تطوعت الأم بإرضاعه وهى مندوبة إلى ذلك ولا تجبر عليه فإذا لم يقبل غيرها أو لم يوجد له ظئر وعجز الأب عن الاستئجار وجب عليها إرضاعه فعلى هذا يكون الأمر للوجوب فى بعض الوالدات ، ومذهب مالك — رضى الله عنه — أنه حق على الزوجة لأنه كالشرط — أى حيث جرى به العرف — إلا أن تكون شريفة ذات نسب فعرفها ألا ترضع ، اهـ .

فالعرف القائم عند نزول الآية خصصها عند الإمام مالك — رضى الله عنه — ولما تغير العرف أقتى المتأخرون من المالكية بوجوب الإرضاع على الزوجة لجريان العرف بذلك .

جاء فى شرح الخرشي وشرح الرسالة (١) :

د والمرأة ترضع — أى يجب عليها — أن ترضع ولدها إذا كانت فى العصمة — أى عصمة أبيه — أو كانت مطلقة طلاقاً رجعياً وهى فى العدة وليس لها أجر فى نظير ذلك لأن عرف المسلمين على توالى الأعصار والأمصار جار على أن الأمهات يرضعن أولادهن من غير طلب أجرة على ذلك . .

ويقول ابن رشد فى بداية المجتهد (٢) :

(١) شرح الخرشي ج ٢ ص ٦٠٢ وشرح الرسالة لأبيه الحسن ج ٢ ص ١٠٤

(٢) ج ٢ ص ٤٦

« وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة ، اهـ .

فمخصص بعض الواحدات دون بعض بالعرف القائم وقت ورود الخطاب لم يشترط فيه المالكية أن يقره النبي — صلى الله عليه وسلم — كما قال غيرهم ، وإنما يكفي ألا يصرح الشارع بإلغائه متى علم وجود العرف في زمن الخطاب فهو معتبر في التخصيص . قال القرافي : وعندنا العوائد مخصصة للعموم قال الإمام : إن علم وجودها في زمن الخطاب وهو متجه .

وقال في نقائس الأصول (١) :

« إذا جهل مقارنة العادة لزمن الخطاب لا يجوز القطع بالتخصيص ولا الظن لأن العموم ظاهر لا ينصرف عن عمومته عملاً بالأصل فلا يكون التخصيص مظناً ، اهـ .

وعلى هذا : فإن التخصيص بها مقيد بالعلم بوجودها زمن الخطاب ، وحيث لا تكون العادة موجودة زمن الخطاب فلا تكون مخصصة لوجدت بعد .

وأما الذين قالوا : بعدم التخصيص بالعادة فيما تقدم ، فقد قالوا : إن العادة بمجرد أنها لا تخص ولا بد للتخصيص بها من إقرار النبي صلى الله عليه وسلم — للعرف : أو يجمع الصحابة عليه حتى يعتبر مخصصاً . والتخصيص لنص الشارع على هذا لا يكون بمجرد العادة بل هو بدليل خارجي هو تقرير النبي صلى الله عليه وسلم وتكون العادة أو العرف كاشفاً عنه إذا كان موجوداً في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وعلم به أو كان العرف موجوداً ولم يعلم به ثم أجمع عليه الصحابة ، فيكون هذا الإجماع هو المخصص ، أما العرف الطاريء أو الذي لم يتحقق فيه هذا الشرط فلا أثر له .

ولذلك رد فقهاء الشافعية قول من قال : إن الإمام الشافعي خصص عموم قول رسول الله — صلى الله عليه وسلم — في شأن الرقيق والخدم : « إخوانكم خواتمكم أطعموهم مما تطعمون وألبسوهم مما تلبسون ، بالعادة الفعلية .

وهذا يخالف ما ذكره علماء الأصول ، حيث حمل الإمام الشافعي — رضى الله عنه — الأمر في قوله — صلى الله عليه وسلم — « أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم ، على الاستحباب دون الوجوب لأن الحديث محمول على أنه خطاب للعرب الذين كانت مطاعمهم وملابسهم غير متفاوتة وكان عيشهم ضيقاً . فإما من لم يكن حاله كذلك ، وخالف معاشه ما كان عليه السلف والعرب وأصبح يأكل أجود المطهرات ويلبس جيد الثياب فلو واصل رفقته كان أكرم وأحسن وإن لم يفعل فله ما قاله النبي — صلى الله عليه وسلم — نفقته وكسوته بالمعروف . قال الإمام الشافعي — رضى الله عنه — وهو عندنا ما عرف لمثله في بلده الذي يكون فيه .

قالوا : فإنت تراه كيف خصص عموم لفظ النبي — صلى الله عليه وسلم — وهو قوله : « أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون بما كانت عايشهم فعله في تلك الأزمان ، <sup>(١)</sup> . ورد الزركشي ذلك بأن الإمام الشافعي — رضى الله عنه — إنما خصص الحديث المذكور بقوله — صلى الله عليه وسلم — نفقته وكسوته بالمعروف ، وفسر المعروف بالعرف ، وجمع بين الحديثين بذلك وساعده في حمل الحديث الأول على عادة المخاطبين ، وكلامنا في التخصيص بمجرد العادة لا بدليل خارجي فليس في كلام الشافعي — رضى الله عنه — ما ذكرناه .

هذه في العادة الموجودة قبل ورود الخطاب واستمرت إلى وقت وروده ولم يلغها الشارع أو أقرها .

الغريب الثاني — العادة التي تقررت بعد ورود الخطاب :

أما العادة التي تقررت بعد ورود الخطاب فهي كالآتي :

١ — عادة تقررت بعد ورود الخطاب وكانت في زمنه — صلى الله عليه وسلم — وأقرها . كما لو نهى عن بيع الطعام بالطعام متفاضلا وجرت العادة ببيع بعضه متفاضلا وأقرها النبي ﷺ عليها فهذه العادة مخصصة والمخصص في الحقيقة هو الإقرار .

٢ — عادة تقررت بعد زمنه ﷺ ودل على جواز بيع ذلك للنوع بجنسه متفاضلا الإجماع فهذه العادة أيضاً مخصصة والمخصص في الحقيقة هو دليل الإجماع .

يقول الاسنوي : « وقال في المحصول : اختلفوا في التخصيص بالعوادات والحق أنها إن كانت موجودة في عصره عليه الصلاة والسلام — وعلم بها وأقرها كما إذا اعتادوا بيع الموز بالموز متفاضلا بعد ورود النبي ، وأقره فإنها تكون مخصصة ولكن المخصص في الحقيقة هو التقرير ، وإن لم تكن بهذه الشروط فإنها لا تخصص لأن أفعال الناس لا تكون حجة على الشرع ، نعم إن أجمعوا على التخصيص لدليل آخر فلا كلام . »

ثم ذكر الاسنوي : أن البيضاوي ، قد تابع صاحب المحصول على هذا التفصيل ، وهو في الحقيقة موافق لما نقله الأمدى عن الجمهور فإنهم يقولون : « إن العادة بمجرد ما لا تخصص وإن التقرير يخص » اهـ .

٣ — أما العرف الحادث بعد عصر النبي ﷺ وعصر الصحابة

رضى الله عنهم — فإنه إذا أجمع عليه الفقهاء فهو كالقسم الثاني ، ويكون  
المخصص هو دليل الإجماع ويمثل الفقهاء لهذا القسم والذي قبله —  
بالاستصناع — فقد قالوا : إن استمرار التعامل به من عهد السلف من  
غير تكير خصص حديث النبي عن بيع الإنسان ما ليس عنده لما فيه  
من الضرر .

وقال الفقهاء إذا كان النص معللاً بعلة مثل حديث نهي رسول الله  
ﷺ عن بيع وشرط ، فقد قالوا إن الحديث معلل بوقوع النزاع  
المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف يفض النزاع فكان  
موافقاً لمعنى الحديث واعتبر ذلك استثناء من القواعد العامة وقالوا العرف  
قاس على القياس ، وقد ذكر السكال بن الهمام في مسألة شراء النعل على  
أن يحذرهما البائع : أنه يجوز استحساناً ويلزم الشرط للتعامل ، ثم قال :  
ومثله في ديارنا شراء القبقاب على أن يسمر له سيراً ، اهـ .

وهذا عرف خاص فوق كونه حادثاً إلا أن النص لما كان معللاً بعلة  
وقد منع التعارف سبب النهي فقد قالوا : إنه يخصص الحديث ، وإن كان  
بعض الفقهاء اشترط في ذلك أن يكون العرف عاماً .

قال ابن عابدين :

فإن قلت : إن ما قدمته من أن للعرف العام يصلح مخصصاً للأثر ويترك  
به القياس إنما هو فيما إذا كان عاماً من عهد الصحابة — رضى الله عنهم —  
ومن بعدهم بدليل ما قالوا في الاستصناع أن القياس عدم جوازه لسكنا  
تركنا القياس بالتعامل به من غير تكير من أحد من الصحابة ولا من  
التابعين ولا من علماء كل عصر وهذا حجة يترك به القياس . قلت :

ومن نظر إلى فروغهم عرف أن المراد به ما هو أعم من ذلك ،

الآثرى أنه نهى عن بيع وشرط وقد صرح الفقهاء بأن الشرط المتعارف لا يفسد البيع كشرائه نعل على أن يخذوها البائع ، ومنه لو شري ثوباً خلقاً أو خفا خلقاً على أن يرقعه البائع ويخرزه ويسلبه فإنهم قالوا يصح للعرف فقد خصصوا الآثر بالعرف .

وقد رفض هذا الذى ذكره ابن عابدين وغيره من فقهاء الحنفية فى التخصيص بالعرف الحادث الشوكافى وصرح بأنه خطأ فقد قال فى ( إرشاد الفحول ) بعد أن بين أن التخصيص يكون بالعادة المشهورة فى زمن النبي — صلى الله عليه وسلم — حيث جاء الخطاب بما يفهمونه وهم لا يفهمون إلا بما تعارفوه بينهم وحيث لم يكن كذلك فلا حكم لها ولا يلتفت إليها . مانعه :

والمعجب من تخصص كلام الكتاب والسنة بعادة حادثة بعد انقراض زمن النبوة تواطأ عليها قوم ، وتعارفوا بها ، ولم تكن كذلك فى العصر الذى تكلم فيه الشرع فإن هذين الخطأين . ثم قال : أما لو قال المخصص بالعادة الطارئة أنه يخص بها ما حدث بين أولئك الأقوام المصطلحين عليها من التعاور فى الكلام والتعاطب فى الألفاظ فهذا مما لا بأس به .

وقال بعض الفقهاء من الحنفية كمشايخ بلخ إن حديث النهى عن قفيز الطحان . يخص بما تعرف عندهم من دفع الغزل إلى حائك لينسجه بالثك أو جزء منه وهذا يحمل الحديث مقصوراً على ماورد فيه ويعمل بالعرف فيما عداه .

وقد رد جمهور الحنفية ذلك بأن هذا يتعارض وحديث النهى عن قفيز الطحان لأن الحائك نظيره فيكون وارداً فيه دلالة فتى ترك العمل بدلالة هذا النص فى الحائك كان تخصيصاً للنص بتعامل أهل بلدة واحدة وتعامل

أهل بلدة واحدة لا يخصص الأثر لأن التعامل الخاص إن اقتضى التخصيص لجريانه في بلد ما فترك التعامل من أهل بلدة أخرى يمنع التخصيص فلا يثبت التخصيص بالشك بخلاف التعامل في الاستصناع فإنه وجد في جميع البلاد واستمر الناس عليه من عهد الصحابة والتابعين (١) هـ.

وإذا ما قبل إن الشرط المتعارف خصص النص لما ذكر فهو معتبر فلا يمكن اعتبار العرف الحادث مخصصاً للنص فيما عداه ، لأن حديث النهي عن بيع وشرط معلل بما يقضى إلى النزاع .

### الموضع الثاني : تخصيص العرف والعادة لألفاظ الناس :

أى أن عرف الشارع يخصص ألفاظ الناس ، وعرف الناس يخصص ألفاظ الناس ؟

فعرف الشارع يخصص ألفاظ الناس لأن الشرع مقدم على العرف فيكون مخصصاً له ، وذلك مثل من نذر صوم الدهر لم يلزمه ما يحرم صومه من أيام السنة وكذلك لا يدخل ما وجب صومه هرعاً كرمضان وفي رواية عند الحنابلة يدخل فيه ما رجب صومه ، وقد قال ابن رجب الحنبلي في قواعده (٢) : ( ويخص العموم بالشرع على الصحيح ) .

وكذلك لو أوصى لأقاربه لم يدخل الورثة لقوله — صلى الله عليه وسلم — لا وصية لوارث .

وأما عرف الاستعمال فإنه يخصص ألفاظ الذين تعارفوه فيما بينهم .

(١) يراجع رسائل ابن عابد بن ج ٢ ص ٢٢٩

(٢) قواعده ابن رجب القاعدة (١٢٣)



جاء في جامع الفصولين : « مطلق الكلام بين الناس ينصرف إلى المتعارف » .

فعادة الناس تؤثر في تعريف مرادهم من ألفاظهم فتخصص عامها وتقيده مطلقها سواء كانت العادة عامة أو خاصة .

قال القرأى في المستشفى (١) :

« وعلى الجملة فعادة الناس تؤثر في تعريف مرادهم من ألفاظهم ولكن لا تؤثر في خطاب الشارع لإيائهم » .

وقال الزركشى : « فأما خطاب الناس فيما بينهم من المعاملات وغيرها فيتنزل على « موضوعاتهم كنقد البلد في الشراء والبيع وغيره إذا أرادوه وإلا عمل بالعام ولا يحال اللفظ عن وجهه إلا بدليل » (٢) .

ولذلك قال الفقهاء : إن على القاضى والمفتى مراعاة العرف في الفتوى والقضاء وينزل الحكم على المعتاد في كل بلد وقع فيه التعامل كما تحمل ألفاظ التصرفات على عرف المتصرف دون غيره .

قال ابن عابدين (٣) :

« المفتى الذى يفتى بالعرف لا بد له من معرفة بأحوال الزمان وأحوال أهله ومعرفة أن هذا العرف خاص أو عام وأنه مخالف للنص أولا ولا بد له من التخرج على أستاذ ماهر ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل فإن كان المجتهد لا بد له من معرفة عادات الناس فكذلك المفتى » .

(١) البحر المحيط ج ٢ ورقة ٩٢ .

(٢) ج ٢ س ١١١ .

(٣) الرسائل ج ٢ س ١٣٥ ويراجع العرف والفتوى في الباب الخامس .

هذا وقد قال الفقهاء إن اللفظ المعتبر في تخصيص العام وبيان المراد منه هو أن يستعمل أهل العرف اللفظ الموضوع لمعنى في اللغة في بعض ما يتناوله هذا اللفظ. ويشمل الاستعمال حد النقل وهجر الأول - وضابط النقل أن يسير المعنى المنقول إليه اللفظ هو المتبادر من غير قرينة وغيره يكون مفتعراً إلى القرينة فإذا ما صارت الغلبة لمعنى دون غيره كان هو المنظور إليه دون سواه ( كما تقدم في الحقيقة والمجاز ) ويقول السكرخي في رسالته في الأصول التي عليها مدار فروع فقه الحنفية (١).

( الأصل ) أن السؤال بمضى على ماعم وغلب لا على ما شد وندر .  
ومن مسأله : أن من حلف لا يأكل بيضاً فهو على بيض الطير دون بيض السمك ونحوه .

وقال أيضاً ( الأصل ) أن جواب السائل يجري على حسب ما تعارفه كل قوم في مكانهم ومن مسألة إذا حلف لا يتغذى حنت بالطين وحده إذا كان في بلاد العرب دون العجم وغذاء كل قوم ما تعارفوه .

ويقول ابن رجب الحنبلي في قواعده (٢) :

قاعدة في تخصيص العموم بالعرف وله صورتان :

( إحداهما ) أن يكون قد غلب استعمال الاسم في بعض أفرادها حتى صار حقيقة عرفية فهذا يخص به للعموم فلو حلف لا ركبت دابة لا يتناول إلى ما يسمى في العرف كذلك .

---

(١) رسالة السكرخي مطبوعة مع تأسيس النظار ص ٥ .

(٢) القواعد (١٧١) ص ٢٧٤ : ٢٧٦ .

(ثانيتها) : أن يكون كذلك وهو نوعان :

(النوع الأول) : ما لا يطلق عليه الاسم إلا مقيداً ولا يفرد بحال فهذا لا يدخل في المموم بغير خلاف عمله مثل ماء ورد ولا يدخل في مطلق ماء ، وتمز هندی لا يدخل في مطلق التمر .

(النوع الثاني) : ما يطلق عليه الاسم العام لكن الأكثر لا يقيد أو قرينة ولا يكاد يفهم عند الإطلاق دخوله فيه ، ومثال ذلك لو حلف لا يأكل رأساً ، قال القاضى <sup>(١)</sup> : يبحث بأكل كل ما يسمى رأساً ، وقال في رأى آخر ووافقه أبو الخطاب لا يحذف إلا برأس يؤكل في العادة ، وهل الاعتبار بأصل العادة أو عادة الحالف وجهان في مذهب الحنابلة .

وقال ابن رجب أيضاً : ويخص المموم بالعادة - العرف العملى على الصحيح .

والخلاصة أنه إذا جرى العرف باستعمال اللفظ في معنى دون غيره من المعاني وكذلك إذا اعتاد الناس فعل شيء من الأشياء فإن العرف للقول والعمل يخصص العام من ألفاظ الناس . وإن خالف بعض الفقهاء كالقراي من المالكية والقاضى من الحنابلة في التخصيص بالعرف العملى . إلا أن الجمهور على التخصيص به وحكى ابن رجب أنه الصحيح عند جمهور الحنابلة وكذلك هو الصحيح عند جمهور المالكية . . وأوردوا مسائل في المذهب تدل على التخصيص بالعوائد الفعلية وإن كانت خاصة . وبما سافه بعضهم للدلالة على ذلك قولهم :

إذا ركل الرجل رجلاً آخر في شراء ثوب له فيعتري ما لا يتناسب

(١) القاضى أبو بلى القراء ، وهو الذى ينصرف إليه لفظ القاضى إذا أطلق عند الحنابلة .

عادته ، أو عادة خدمه وأفتوا بأنه ما اشتراه غير لازم للدولة بل هو لازم للوكيل .

هذه هي خلاصة آراء الفقهاء في تخصيص العام بالعرف سواء كان عرف الشارع أو عرف الاستعمال وقد تبين من أقوال الفقهاء أن القول بتخصيص العرف لألفاظ الشارع هو الراجح كما ذكر وكذلك عرف الشارع بتخصص ألفاظ الناس ، وعرف الناس بتخصص ألفاظهم التي تعارفوها في التخاطب بينهم .

### خامساً : العرف وتقييد المطلق

لقد ذكر فيما تقدم أن الفقهاء اتفقوا على تقييد المطلق اللهم إلا ما نقل عن القرافي حيث ذكر خلاف ذلك ووافقه الزيلعي من الحنفية في عدم التقييد بالعرف العملي

ويقول المحلى في شرحه على جمع الجوامع (١) : وإن كان الأصح عند عدم التخصيص :

« المطلق والمقيد كالعام والخاص فما جاز تخصيص العام به يجوز تقييد المطلق به ، اهـ .

ونقول : إن بعض الفقهاء يرى جواز ذلك ، وبه أخذت المادة .

المادة (٦٤) من مجلة الأحكام العدلية :

« المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة ، اهـ .

وذكر شراح المجلة : أن دلالة العرف بتقييد المطلق كما تقيده دلالة الحال والنص ومثلوا لذلك بمثل ما ذكره العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام حيث قال

( فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العام وتقييد المطلق وغيرها له أمثلة ) اهـ . وذكر لذلك ثلاثة وعشرين مثالا نجترى منها بما يكفي للدلالة على المطلوب .

المثال الأول : التوكيل في البيع المطلق فإنه بتقييد بضمن المثل وغالب نقد بلد البيع وينزل منزلة صريح اللفظ ، فإنه لو قال للوكيل بع هذا بضمن مثله من نقد هذا البلد إن كان له نقد واحد أو من غالب نقد هذا البلد إن كان له نقود ، ويدل هذا على أن الرجل إذا قال لوكيله بع دارى هذه فباعها بخوزة مثلاً فإنه عند أهل العرف : أن هذا غير مراد ولا داخل تحت لفظه وكذلك لو وكله في بيع جارية تساوى ألفاً فباعها بشمرة فإن العقلاء يقطعون بأن ذلك غير مراد لا طراد العرف بخلافه .

المثال الثاني : حمل الإذن في النكاح على السكف ومهر المثل وهو المتبادر إلى الإفهام بدليل أنه إذا قال : من هو أشرف الناس وأفضاهم وأغناهم لوكيله وكلتك في تزويج ابنتي فزرجها بعبد فاسق مشوه الخلق على نصف درهم فإن أهل العرف يقطعون بأن ذلك غير مراد باللفظ . لأن اللفظ قد صار عندهم مقيداً بالسكف ومهر المثل ولا شك أن هذا طارئ على أصل الوضع اهـ .

فالألفاظ المطلقة في التوكيل في البيع والزواج وغير ذلك قيدها العرف بالمعتاد بين الناس وصار العرف يطيل على المراد من اللفظ وقد خالف في

ذلك القراني كما تقدم فقال في الفروق (١) :

«إن العرف الفعلي : لا يؤثر في اللفظ الغري تخصيصاً ولا تقييد لعدم معارضة الفعل وعدمه لوضع اللغة ومعارضة غلبة استعمال اللفظ في العرف للوضع اللغوي ، اهـ .

والقراني في هذا يعطل ما ذكره بأن اعتياد الفعل لا يعارض الوضع اللغوي ويخل به واستعمال اللفظ في العرف يعارض الوضع اللغوي ، وهذا لا أثر له فإن كلا من التخصيص والتقييد لا يبدو أن يكون بياناً للدراد من اللفظ ، وقد قال : بأن العرف القولي يختص بيقيد . فالعرف العملي كذلك من غير فرق كما سلف . . وقد رد فتهاه المالكية بما قاله القراني .

ورأى القراني موافق لرأى الإمام أبي حنيفة — رضى الله عنه — والزيلعي في تبين الحقائق وهو يخالف لجمهور الحنفية والصاحبين في ذلك .

قال أبو زيد الدبوسي في تأسيس النظر (٢) :

«الأصل عند أبي حنيفة — رضى الله عنه — أن الإذن المطلق إذا تعرض عن التهمة والحياة لا يختص بالعرف وعندهما يختص وعلى هذا مسائل . . منها :

أن الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بمأعز وهان وبأى ممن كان جاز

(١) ج ١ ص ١٧٣

(٢) ص ١٥

عند أبي حنيفة لأن الإذن مطلق والتهمة منفية فلا يختص بالعرف  
وعندهما يختص .

ومنها : أن الوكيل بالإنكاح إذا زاد في مهر المرأة زيادة لا يتغابن  
الناس في مثاها جاز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز إلا بما يتغابن الناس  
في مثاها وكذلك الوكيل بالخلع على هذا الخلاف .

وقال الزيلعي في ( تبين الحقائق ) في باب الدين في قول « صاحب  
السكافي » بعدم الخنث في أكل لحم الآدمي فيمن حلف لا أكل لحماً .. قال  
الزيلعي (١) :

« ولكن هذا عرف عملي فلا يصلح مقيداً بخلاف العرف اللفظي ،  
الآ ترى أنه لو حلف لا يركب دابة لا يحنث بالركوب على الإنسان للعرف  
اللفظي ، فإن اللفظ عرفاً لا يتناول إلا الكراع ، وإن كان في اللغة يتناول ،  
ولو حلف لا يركب حيواناً يحنث بالركوب على الإنسان لأن اللفظ يتناول  
جميع الحيوان ، والعرف العملي وهو أنه لا يركب عادة لا يصلح مقيداً ، اهـ .

وكا رد المالكية ما قاله القرافي رد السكالي بن الهمام في فتح القدير  
ما قاله الزيلعي وهو ما رافق فيه أبا حنيفة — رضى الله عنه — بأن أصل  
الحنثية « أن الحقيقة تترك بدلالة الاستعمال والعادة ، وما العرف العملي  
إلا نوع من العادة » (٢) .

وقد وافق الزيدية الجمهور فقالوا : إن العرف يقيد المطلق ، وأن  
المطلق لا يتناول خلاف المعتاد ، ويفهم من تفريعاتهم على أصل المسألة

(١) تبين الحقائق ج ٣ ص ١٢٨

(٢) يراجع ما تقدم ص ٤٠ وما بعدها .

أنهم يعولون على العرف كثيراً وخاصة فيما كان مطلقاً في التصرفات والعقود .

قال صاحب البحر الزخار (١) :

« وللبأذن البيع والشراء ولو غبن المعتاد لا الفاحش إذ لا يتناوله الأذن ، وقال أبو حنيفة بل ينفذ حيث الأذن مطلق » ،

قلنا « المطلق لا يتناول خلاف المعتاد » والمأذون في التصرفات ما جرت العادة به للتجار فيرهن ويرتن ويوكل ويبيع بالعرض وغيره مما يتعامل به ، لو بغير فقد البلد والمذهب وكذا البيع بالنسيئة « والشافعي ( لا ) ، لنا : العادة » اهـ .

ثم بين أن ما عرف أن الإذن المطلق لا يتناوله إذا جرى عرف بتناوله تناوله الإذن المطلق تبعاً للعرف وهذا هو رأى المالكية والحنابلة وجمهور الحنفية .

وما اعتاده بعض الناس لا يحق أن يحمل عليه غيرهم وكذلك لا يحمل على العرف أهله إذا أرادوا مخالفته كما تقدم في شروط العرف .

ولإنما يراعى حمل أصحاب العادة والعرف على ما اعتادوه وتعارفوا عليه لأن التزامهم به وإطراد العمل به بينهم يخصص عموم ألفاظهم ويقيد مطلقها على الوجه الذي ذكر .



## سادساً - العرف والإجماع

إن الإجماع هو اتفاق المجتهدين في عصر على أمر ، فأساسه عدم الاختلاف ، والعرف أساسه العمل . وبعض الفقهاء يضربون المثل بالاستصناع أحياناً للتعامل الجاري والتعارف بين الناس كما فعل ابن عابدين ويراة صاحب كشف الأسرار شرح البزدوى وغيره إجماعاً ، وعبر بعضهم عن الاستصناع فقال : إنه أجزى استحساناً للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي .

وقد تقدم في أدلة اعتبار العرف كيف كان الإجماع دليلاً على اعتباره ، وأن المجمعين لما أجمعوا على بعض المسائل وكانت هذه المسائل معللة بالعرف والحاجة التي كشف عنها العرف كما في مثال القراض الذي ذكر وفي مثال الاستصناع المشار إليه ، وغير ذلك من المسائل المجرى عليها للتعامل نظراً للحاجة والمصلحة .

كما وقد تقدم أن بعض الفقهاء قال : إن هذه العرائد والأعراف العامة إنما تعتبر إذا وقعت في عهد الصحابة والتابعين وأجمعوا عليها ، أو أجمع عليها غيرهم من أهل الإجماع أما التعامل الواقع بعد ذلك في عصر التقليد فلا اعتبار به ولا يمكن رده إلى الإجماع وليس إذ ذاك اجتهاد ، مع أن هذه الأمور معللة بالتعامل في جميع الأحوال ، وقالوا في شروط الاستصناع أن يكون مما يجرى به التعامل بين الناس من أواني الحديد والرصاص والنحاس وما شابه ذلك مما تعارفه الناس في عهد الصلف .

ويمكن القول : إن الإجماع قد قام دليلاً على العرف كما تقدم وبناء على ذلك فإنه ينظر إلى آلة الحكم المجمع عليه ، فإذا وجدت علته ونحققته في أمر ما فإنه يرد إلى دلالة الإجماع الأول بلا تردد .

ومثال ذلك أن الفقهاء أجمعوا على جواز الاستصناع وعللوا ذلك بالحاجة الداعية إلى التعامل به مع أنه يبيع ما ليس عند الإنسان واستمر العمل على ذلك في جميع العصور ، وكان المعروف في عهد الإجماع استصناع أواني النحاس والرصاص والحديد وما شابه ذلك مما تعارفه الناس في عهد السلف ، ثم جد في عصرنا اليوم استصناع أشياء أخرى يحتاج إليها الناس ومن غير الاستصناع فيها لا يمكن الوصول إليها والانتفاع بها فيكون ذلك أمارة الحاجة ودالاً عليها لأنها هي العلة التي نظر إليها الفقهاء الذين أجمعوا على جواز الاستصناع .

وقد قال الفقهاء مثل ذلك في الإجازة وغيرها كدخول الحمام والشرب من السقاء ، فالإجازة القياس فيها عند الحنفية عدم الجواز لما فيها من إضافة العقد لما سيوجد إلا أنها أجيئت للضرورة .

قال ابن نجيم في الأشباه والنظائر :

« الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة . ولهذا جوزت الإجازة على خلاف القياس ومنها جواز الاستصناع للحاجة ، ودخول الحمام مع جهالة مقدار مكثه وما يستعمله من مائه وشربه من السقاء » اهـ .

فهذه الأمور تعامل بها الناس ورآها الفقهاء في جميع العصور ولم تنكر على أحد نظراً لحاجة الناس إليها واستمرارهم على العمل بها وتلقفها عوالمهم بالقبول وانفقت مع أهداف الشريعة من إزالة الضيق والضرر ورفع الحرج ، وقد نظر الفقهاء إلى ذلك فيما أجمعوا عليه وكانت العلة هي : اليسر ورفع الحرج ، فالحكم الشرعي المتعلق بهذا النوع أو غيره مما تعارفه الناس اليوم واتفق عليه المجتهدون أو على جنسه في عصر الإجماع قد جعل لهذا العرف اعتباراً في التشريع الإسلامي .

وقد ذكر الفقهاء أن الحكم المجمع عليه لا تجوز مخالفته . فهل يجوز مخالفة الحكم المجمع عليه إذا كان معللا بالعرف إذا تغير العرف الذي هو مناط الحكم ؟

والإجابة على ذلك فيما يلي :

١ - إن الإجماع إذا كان على حكم ثابت لا يتغير أو لا تتغير مصلحته أو علمته كالعبادات والمقدرات المنقولة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - فهذا النوع لا يتغير مهما تغير العرف واختلف الزمن .

٢ - إذا كان الإجماع على حكم من الأحكام المعللة بالعرف لتحصيل مصلحة كما أجمعوا على جمل الدية على أهل الديوان في عهد عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - فإنه في عصرنا اليوم وقد أصبح الديوان غير معتبر في ذلك ولا تناصر بين أهله فإن هذا الحكم المجمع عليه قد تغيرت علمته التي كانت سبب الإجماع فيما سلف بسبب اختلاف العرف وتغير الزمن ، ولذا فإن هذا يستتبع تغير الحكم كما تغير في عهد عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - عنه في عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقد كان الحكم في عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بإيجاب الدية على العشيرة كما هو عرف العرب حيث كان التناصر بالعشيرة .

وقد جاء في ذلك ما روى في الصحيحين عن أبي هريرة - رضى الله عنه - أن امرأتين اقتتلتا فحذفت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها . قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن دية جنيئها غرة - عبد أو أمة - وقضى بدية المرأة على عاقلتها ، أى الضاربة ، وفي رواية أن العقل على عصبتها اهـ .

ونظر الفقهاء إلى المعنى الذي من أجله حكم النبي - صلى الله عليه وسلم -

بالدية على العاقلة ، وهو التعاون والنصرة بين أفرادها ويبنى بعضها عن بعض لذلك ، وكان العرب يعدون ذلك من مكارم الأخلاق والنبي — صلى الله عليه وسلم — يقول : « إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق » وقال الفقهاء : « إن عاقلة الجاني من بهم التناصر عرفاً » .

وقد كان العرف في عهد النبي — صلى الله عليه وسلم — في العاقلة أنهم العصابة ثم تغير العرف في عهد عمر — رضى الله عنه — لما دون الدواوين ، وجعل لكل طائفة ديواناً خاصاً بها صارت النصرة بالديوان وأصبح التناصر بين أهل الديوان كالتناصر بالعاقلة ، وقد جعل عمر — رضى الله عنه — الدية على أهل الديوان بحضور من الصحابة فكان إجماعاً ، لأن الدية كانت على أهل النصرة من العاقلة فجعلها على الديوان اتباعاً للمعنى (١) .

هذا هو حكم الدية المجمع عليه فهل بعد أن تغير العرف ولم يعد هناك تناصر بين أهل الديوان أو لا تناصر على الإطلاق يقال : إن الحكم مجمع عليه ولا يجوز مخالفته ؟

والإجابة على ذلك : أن تغير الحكم المجمع عليه والمعمل بالعرف إنما يكون لتغير العرف الذي هو مناط الحكم .

وأما هذا الحكم المجمع عليه اختلف الفقهاء بعد ذلك — هل يحمل الديوان الدية كالعاقلة من العصابة قبل تدوينه أم لا .

قال الإمام الشافعى وأحمد — رضى الله عنهما — تكون الدية

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٧٥ وأبى يعلى ص ٢٢٠ أحكام القرآن للجصاص

على العصبية ، واستدلا بقضائه — صلى الله عليه وسلم — بذلك في الحديث المتقدم .

وقال الإمام الشافعي — رضى الله عنه — في الأم (١) :

« والعاقلة النسب فإذا جنى الرجل بمكة وعاقلته بالهام فالقياس أن يكتب حاكم مكة إلى حاكم الشام فيأخذ عاقلته بالعقل ولا يحمله أقرب الناس إلى عاقلته بمكة بحال وله عاقلة بأبعد منها . ثم يبين الإمام الشافعي — رضى الله عنه — بأن الدية لا تخرج عن العصبية حتى تفقد قرابته أو لا تشمل الدية وأن العاقلة سواء كان بعضها في الديوان الذي أحدثه عمر — رضى الله عنه — وبعضها ليس فيه فهي واجبة عليها لقضائه — صلى الله عليه وسلم — بها على العاقلة ، ٥١ .

ويذكر فقهاء الحنفية والمالكية ومن وافقهم : أن التعاقل بالديوان إن وجد لأن عاقلة الجاني من يكون بهم التناصر عرفاً وهذا المعنى هو الذي جعل عمر — رضى الله عنه — يقضى بالدية على أهل الديوان لأن النصره أصبحت معروفة بين أهله .

قال السيرخي في المبسوط :

« ولا شك أن المعتبر النصره ففي حق كل قاتل يعتبر ما به تتحقق النصره ، وتناصر أهل الديوان يكون بالديوان ، فإن كان القاتل من قوم يتناصرون بالخلف فذلك هو المعتبر لأن المعنى متى عقل في الحكم الشرعي تمضى الحكم بذلك المعنى إلى الفروع (٢) .

---

(١) ج ٦ ص ١٠١

(٢) المبسوط للسيرخي ج ٢٧ ص ١٢٤ ، ١٢٥

وقال أيضاً : إن عمر — رضى الله عنه — لما دون الدواوين وفرض  
الاعطيات جعل المعامل على أعطياتهم . . وما كانت الدواوين في عهد  
رسول الله صلى الله عليه وسلم وإنما كانوا يتناصرون بالقرابة بعد الدين ،  
فلما دون عمر الديوان جعل التعامل بالديوان لأنه باعتبار التناصر والتناصر  
بالديوان دون العاقلة ، فإن أهل الديوان وإن كانوا من قبائل شتى يقوم  
بعضهم بنصرة بعض ، أ هـ .

وذكر الزيلعي في تبیین الحقائق<sup>(١)</sup> :

ويكون للعقل على أهل النصرة ، قالوا لو كان اليوم قوم يتناصرون  
بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وإن كانوا بالخلف فأهله أ هـ .

ومن هذا الذى ذكر تبين كيف خالف الفقهاء الحكم المجمع لأنه  
معمل وقد تغير العرف الذى هو مناط الحكم . . كما سلف .

أما إذا اتنى التناصر بين الناس وكان الجاني من قوم لا تناصر بينهم  
وصار كل امرئ معتمداً على نفسه فإن الهدية تجب في مال الجاني ، وكذلك  
تجب في ماله إذا لم يوجد بيت مال منظم ولا قناصر بالعشيرة وغيرها . .  
يقول ابن عابدين<sup>(٢)</sup> :

« إن التناصر أصل هذا الباب والتناصر منتف الآن وحيث لا قبيلة  
ولا تناصر فالهدية في مال الجاني » .

ثم قال : وقال في المجتبى :

« إن العشائر قد وهت ورحمة التناصر قد رفعت وبيت المال قد انهدم  
فتعين أن تجب في مال الجاني »<sup>(٣)</sup> .

(١) تبیین الحقائق كتاب المعامل .

(٢) رد المختار ج ٥ ص ٤٥٦ وراجع درر الحکام ج ٢ ص ١٢٥ وراجع ما تقدم ص ٧٣ .

(٣) راجع أحكام القرآن لـ جصاص ج ١ ص ١٠٤ وتفسير آيات الأحكام للشيخ محمد طي .

## التناصر بين الجمعيات والنقابات

يوجب الدية عليها في العصر الحاضر

إذا نظرنا - فيما تقدم - من حديث الفقهاء عن علة إيجاب الدية على العاقلة بسبب التناصر قبل إنشاء الدواوين في عهد الخليفة الثاني عمر بن الخطاب رضي الله عنه - فإنه لما أنشأها ووجد التناصر بين أفرادها وجبت الدية على أهل كل ديوان من الدواوين ، إذا حدث من أحد أفرادها ما يستوجب الدية .

وأن الفقهاء حكموا بإيجاب الدية حيث وجد التناصر بين قوم أو طائفة كما قال الزيلعي - رضي الله - في تبيين الحقائق :

« ويكون العتل على أهل النصرة ، قالوا لو كان اليوم قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وإن كانوا بالحلف فأهلهم ، أى فعاقلتهم أهل الحلف .

ولذا كان لإيجاب الدية على من قام بينهم التناصر عرفاً سواء كان بين العشيرة ، أو أهل الديوان ، فإننا اليوم نرى أنه أصبح لكل طائفة من الطوائف ، نقابة ، أو اتحاد ، كما يوجد اتحاد عام للأعمال في مصر سوى ما له من فروع في كل مكان ولكل طائفة ويقوم التناصر بين أفرادها والتعاون بينهم إذا حدث لأحد منهم شيء من النوازل والشدائد ، فلمذا أقول :

١ - لأنه يجب أن تتحمل كل نقابة أو اتحاد أو هيئة - أياً كان اسمها الدية التي تجب على أفرادها .

٢ - ووجوب الدية يكون أولاً على الفرع الذي ينسب إليه الجاني في بلد ، فإن لم يف ماله بذلك فعلى الاتحاد العام في ماله .

وهذا ما تقتضيه أحكام الشريعة التي اعتبرت المتناصر القائم بين أي جماعة علة وجوب الدية على أفرادها كما أوجبه عمر بن الخطاب رضي الله عنه - على أهل كل ديوان .

### أثر للعرف في اعتبار الأموال التي تؤخذ منها الدية

وكما كان للعرف هذا الأثر في بيان من تجب عليه الدية كذلك للعرف العملي اعتبار في الأموال التي تؤخذ منها الدية وتسكون من المال الغالب عند أهل كل مصر من الأمصار .

وقد فرضت الدية في عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مائة من الإبل ثم قومها عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - بالذهب والفضة تبعاً للقيمة التي كانت عليها يومها ولذا فهي تقوم كلها وجبت على إنسان في أي بلد وأي زمن قيمة يومها . وهناك رواية ذهبت إلى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - هو الذي قومها .

قال الإمام الشافعي رضي الله عنه (١) :

« إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرض الدية مائة من الإبل ثم قومها عمر - رضي الله عنه - على أهل الذهب قيمة يومها فاتباعه أن تقوم كلها وجبت على إنسان » .

ويرى الإمام الشافعي - رضي الله عنه - أن الدية تقوم بحسب الظروف والأحوال والبلاد ولا يكلف أحد إلا ما يجده من مال . وذلك فيما رواه أبو داود والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبي -



عليه السلام - كان يقوم دية الخطأ على أهل القرى أربعمئة دينار أو عدلها من الورق ويقومها على أثمان الإبل إذا غلت رفع من قيمتها وإذا هاجت ورخصت نقص من قيمتها ، وبلغت على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ما بين أربعمئة إلى ثمانمئة وعدلها من البرق ثمانية آلاف درهم وتضى على أهل البقر مائتي بقرة ومن كانت دية عقله في الشاه بألفي شاه ، أ هـ . وفي رواية لأبي دراد « وعلى أهل الحلال مائتي حلة » أ هـ (١) .

وفهم من كلام المالكية والحنفية ، أن التقويم الذي وضعه عمر - رضي الله عنه - هو الواجب في الدية على أهل الذهب ألف دينار وأهل الورق اثني عشر ألف درهم ، وأهل الإبل مائة من الإبل وأهل البقر مائتي بقرة مسنة وأهل الشاه ألف شاه وعلى أهل الحلال ألف حلة .

ويستفاد من كلام الإمام مالك في الموطأ وشرح الباجي عليه أن الدية تؤدي من مال الغالب عهد من وجبت عليهم الدية بطريق الإلزام لا يكلفون غيره ، قال في الموطأ :

« الأمر المجتمع عليه عندنا أنه لا يقبل من أهل القرى في الدية الإبل ولا من أهل العمود الذهب ولا الورق ولا من أهل الذهب الورق ولا من أهل الورق الذهب » أ هـ .

ويذكر الباجي في المنتقى : أنه قد عين على كل بلد مال وأهل الذهب أهل مصر والشام والمغرب ومكة والمدينة ، وأهل الفضة العراق وفارس وأهل الإبل البادية . ثم يقول :

« وعندى أنه يجب أن ينظر إلى غالب أموال الناس في البلاد ، فأى بلد

غلب على أموال أهلها الذهب فهم أهل ذهب وأى بلد غلب على أموالهم الورق فهم أهل ورق، وربما انتقلت الأموال فيجب أن تنتقل الأحكام، وقد أشار مالك إلى ذلك في قوله : فأهل مكة والمدينة اليوم أهل ذهب (١) .

وهذه العبارة التى ذكرها الباجى تفيد أن هذا التعمين بناء على عادة عصره الذى كان فيه وكذلك التعمين الذى ذكره الإمام مالك - رضى الله عنه - كان بناء على عصره الذى كان فيه .

أما فقهاء الحنفية فيقولون : إن الأداء من المال الغالب ليس بطريق الإلزام بل لو أدى من وجبت عليه الدية غيره بالتراضى أو بقضاء القاضى جاز وذلك من الأصناف الستة التى تؤدى منها الدية، وهى الذهب والفضة والإبل والبقر والضأن والحمل ، وتحديد مقاديرها فى كل صنف محدود بالشارع، وإن اختلف المقدار فى التحديد فى بعض الأصناف مثل الفضة فهى عند المالكية والشافعية اثنا عشر ألف درهم وعند الحنفية عشرة آلاف .

وبعد هذا الذى ذكر فى بيان الدية والأموال التى تؤخذ منها وأثر العرف فى ذلك يمكن القول : بأن الدية تؤدى من المال الغالب عند أهل كل بلد تبعاً لعرفهم فى التعامل الجارى بينهم كما يقول المالكية ، ولكن ليس بطريق الإلزام فلو أدى غيره بالتراضى أو بقضاء القاضى جاز كما ذكر فقهاء الحنفية، وأن تقديرها يخضع للأحوال والظروف والبلد الذى فيه من وجبت عليه الدية أو الجنائية تبعاً لأصح القولين عند الشافعية والحنابلة وهو الذى ذكره الإمام الشافعى - رضى الله عنه - فى الأم كما تقدم . وهو رأى عند جمهور الحنابلة .

وهذا رأى فيه مسابقة لروح الشريعة السمحة وتسهيل الأمور لأن

من أؤم بشيء لا يستطيع الوفاء به أو لم يجر التعامل به كما كان فيه من الضيق والخرج ما لا يتفق والأسس العامة في التشريع الإسلامى الذى يهدف إلى رفع الضيق والخرج عن المكلفين وقد قال الله تعالى : « ما جعل عليكم فى الدين من حرج ، وقال تعالى : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً » .

### العرف والتسمير

ومن المسائل التى خالف فيها الفقهاء الحكم المجمع عليه والمعامل بالعرف لتغير العرف الذى هو مناط الحكم مسألة التسمير .

فقد روى الخمسة إلا النسائى وصححه ابن حبان عن أنس - رضى الله عنه - أنه قال :

« غلا السعر فى المدينة فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الناس : يا رسول الله : غلا السعر فسعر لنا فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق إني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبنى بمظلة فى أهل ولا مال » اهـ .

فورد النهى عن التسمير ومضى على ذلك العمل فى عهد الصحابة - رضى الله عنهم - وأجمعوا عليه ولم يختلفوا فى هذه المسألة حتى إذا ما جاء عصر التاهمين - أفتى سعيد بن المسيب بجواز التسمير .

ويعمل الفقهاء ذلك فيقولون : سبب النهى فى الحديث أن عادة أهل المدينة لم يكن عندهم من يطحن ويخبز بالآجر ولا من يبيع طحيناً بل كانوا يفعلون ما يريدون من خبز فى بيوتهم ، وإنما كانوا يشترون الحب من الجلابين ، ولذلك قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الجالب مرزوق

والمحتكر ملعون ، وقال صلى الله عليه وسلم : لا يحتكر إلا خاطيء .  
فلما تغيرت أحوال الناس بعد ذلك في عهد التابعين وأصبح الناس  
محتاجين إلى صناعة الخبز والطحن والبيع والتمراء مما يحتاج إليه رأى  
الفقهاء : أن من المصلحة أن يجعل الحاكم للناس سعراً يتعاملون على أساسه  
مع قيام الإجماع في عهد الصحابة - رضى الله عنهم - على عدم التسعير .

وقال الفقهاء : « إذا كان للناس سعر غال فأراد بعض التجار أن يبيع  
بأعلى منه ، فإنه يمنع من ذلك ، وهذا هو مذهب مالك رضى الله عنه .

وأما إذا أراد أن ينقص عن الثمن الجارى التعامل به في السوق فلما فهم  
في ذلك رأيان في منع التسعير وجوازه .

الأول : منع التسعير وهو رأى الشافعى - رضى الله عنه - وجمع  
من أصحاب الإمام أحمد .

الثانى : جواز التسعير وهو قول مالك - رضى الله عنه - واحتج بما  
رواه في الموطأ .

عن سعيد ابن المسيب ، أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - مر  
بخطاب بن أبى بلتعة وهو يبيع زيباً له بالسوق ، فسأله عمر عن  
السعر الذى يبيع به فوجده يبيع بأقل من السعر الذى يباع به في السوق  
فقال له عمر - رضى الله عنه - : إما أن تزيد في السعر - أى ليلحق  
بسعر السوق - وإما أن ترفع من سوقنا . وقال الإمام مالك - رضى  
الله عنه - « لو أن رجلاً أراد فساد السوق فخط عن سعر الناس لرأيت  
أن يقال له : إما لحقت بسعر الناس وإما رفعت » اهـ .

أما إذا لم يزد أهل السوق عن السعر المعتاد ففي ذلك رأيان :

الأول — قول الجمهور ومعهم الإمام مالك — رضى الله عنه — يمنع من التسعير ، وإذا أراد أن يسعر لهم فلا ينظر إلى ما يشترون به وما يطلب منهم أن يبيعوا به ويقدر لهم ربحاً معقولاً وينهاهم عن الزيادة ومن خالف يعاقب .

الثاني : يمنع مطلقاً واحتجوا بالحديث المذكور في أول المسألة . وكانهم قصروه على حالة خاصة وهى إذا لم يزد السعر عن المعتاد . أما إذا زاد السعر عن المعتاد فيسعر لهم مع أن لفظ الحديث يفيد منع التسعير في الحالة الثانية أيضاً : حيث قال أنس — رضى الله عنه — غلا السعر في المدينة ... الخ .

ومن هذا نرى ورود النهى عن التسعير وإجماع الصحابة عليه وجاء التابعون فرأوا أن من المصلحة جواز التسعير لأن الضرورة التى لم تكن في عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — ومن بعده قد وجدت في عهد التابعين وعلى ذلك فترك الصناع والتجار يبيعون كيف شاءوا فيه من الضرر ما يفوت على الناس مصالحهم ، وحاجتهم إلى ما بيد التجار وأصحاب السلع فتغير الحكم عليه تبعاً لتغير علته وقد قال الفقهاء : د الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا .

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً . . أن الصحابة — رضى الله عنهم — كانوا يقبلون شهادة القربى لقريبه مطلقاً كما أخبر بذلك ابن شهاب الزهري — رضى الله عنه — فلما تغيرت الأحوال منع من جاء بعدهم من فقهاء الشريعة شهادة الوالد لولده ، والولد لوالده أو الزوج لزوجته والزوجة لزوجها ، وذلك لأن الصلاح كان معروفاً في الصدر الأول

وأتباع الحق كان ديدنهم اتباعاً للآيات والأحاديث التي تأمر باتباع العدل والبعد عن الظلم والجور ، فلما تغيرت أحوال الناس لم ينظر الفقهاء إلى الإجماع الأول . . وأفتوا بما يوافق العرف وبحقق المصلحة (١) .

### سابعاً — للعرف والقياس

جاء القياس في كلام الفقهاء بمعنىين :

#### الأول :

القياس بمعنى القواعد العامة المأخوذة من مجموعة من الأحكام أنبتها أكثر من دليل .

#### الثاني :

القياس بالمعنى الأصولي . وهو قياس فرع على أصل في علة حكمه .  
وسبب الحديث عن المعنى الثاني في العرف والاستحسان .  
كما سبب الحديث عن المعنى الأول في « الباب الخامس » .  
وكلامنا هنا عن ترك القياس أو القواعد بالعرف .

#### العرف والقياس :

ذكر الفقهاء : أن القياس — القواعد العامة تترك للعرف إذا دعت إليه الضرورة والمصلحة .

---

(١) يراجع في هذا البحث شرح التنقيح للقرافي ص ١٤١ وأعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٩٤ والمطالع على جمع الجوامع ج ٢ ص ٦٣ ومسلم الثبوت ج ٢ ص ٢١٣ وتيسير التحرير ج ٣ ص ١٢٨ وابن الحاجب ج ٢ ص ٤٠ ، ونيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٦٧ والطرق الحكمية والسياسة الشرعية لابن القيم ص ٢٤٥ ورسالة الحسبة ( مجموع رسائل ابن تيمية ج ١ ص ٢٥٠ ورسالة العرف والمادة للشيخ أبي سنة ص ٣٣ ) وراجع ما تقدم ص ٧١ وأدلة العرف ص ١١٨ ( ٢٥ — أثر العرف )

وقالوا : إن التعامل حجة يترك به القياس ، ويخص به الأثر .  
وقالوا : إن كذا أجز للعرف على خلاف القياس أى استثناء من  
القواعد العامة .

ويمثلون لذلك بالإجارة والاستصناع وغيرهما .

والمراد بالقواعد القواعد الفقهية مثل :

« بيع المدوم لا يجوز » .

« بيع الفرر لا يجوز » .

وغیر ذلك من القواعد العامة التي ذكرها الفقهاء وجاءت بعض  
الأحكام مخالفة لهذه القواعد على سبيل الاستثناء منها .

ونذكر بعض الأمثلة التي ذكرها الفقهاء أنها شرعت للتعامل على  
خلاف القياس وهي :

١ — عقد الإجارة .

٢ — عقد السلم .

٣ — عقد الاستصناع .

أولاً : عقد الإجارة

يقول المالكية والشافعية : الإجارة عقد على تملك منفعة مدومة  
وقت العقد ، وهذه المنفعة متقومة مقدوراً على الانتفاع بها في المستقبل  
فالعقد عليها وإن كان على مدوم إلا أن منفعته معلومة ويعتبر العقد  
مضافاً لما سبوجد في المستقبل فهي على خلاف القياس .

وقوله — صلى الله عليه وسلم — : « من استأجر أجيراً فليعطه أجره » (١).

ويقول فقهاء الحنفية :

« إن الإجارة شرعت على خلاف القياس — أى القواعد العامة — لأنها عقد على المنافع وهى معدومة حالة العقد فهى من بيع المعلوم ومن المقرر فى الشريعة أن بيع المعلوم لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم للحكيم ابن حزام : « لا تبع ما ليس عندك » وقد جازت استحساناً للضرورة ولتعامل الناس بها وإجماعهم على جوازها وقد تعارفوها سلفاً وخلفاً فجازت على خلاف القياس (٢).

يقول الكمال بن الهمام فى فتح القدير :

« وأصل الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان إلا أن المشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل » (٣).

وقال الزيلعى : إن المعقود عليه وهى المنافع معدومة والقياس ألا تجوز الإجارة لما فيها من إضافة العقد لما سيوجد (٤).

فلما جازت الإجارة بهذا المعنى الذى ذكره قالوا : إن ما جرى العرف باستجاره جازت لإجازته وما نهى المصارع عن استعماله ولو تعارف الناس

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ج ٤ ص ٤٠ وحاشية الصاوى على الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤

(٢) رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٥

(٣) فتح القدير ج ٥ ص ١٠٣

(٤) تبين الحقائق ج ٥ ص ١٠٥



إيجارته واستئجاره فإنه لا يجوز شرعاً إيجارته واستئجاره ومثل فقهاء  
الحنفية لذلك بآلات القمو والرقص واستئجار الدنانير للزينة وغير  
ذلك (١) .

وكذلك للعرف أثره في تعيين المنفعة من العين المؤجرة وكيفية  
الانتفاع إذا لم يبين ذلك في عقد الإجارة .

قال القرافي « وتعيين المنفعة من الأعيان المستأجرة إذا سكت عنها  
تنصرف للمنفعة المقصودة منها عادة » .

وقد نص الفقهاء على صحة استئجار الدور وإن لم يبين المستأجر وجه  
الانتفاع بها من السكنى ووضع الأمتعة ونحوها فإنه ينصرف إلى السكنى  
فيها بدلالة العرف لأن ذلك هو المتعارف بين الناس في استئجار الدور ،  
والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً والعرف كالشرط .

وقد جاز ذلك عملاً بالعرف والعادة والقياس ألا يجوز الاستئجار  
إلا إذا بين وجه الانتفاع بها والغرض الذي يقصده من استئجارها حتى  
لا يفضى إلى النزاع والخلاف بين المتعاقدين ولكن العرف رفع ما يؤدي  
إلى ذلك .

وعلى ذلك جاز دخول الحمام من غير تعيين للأجرة وبيان مدة المسك  
وبيان ما يستهلك من الماء في الاستعمال عملاً بالعرف وتعامل الناس ،  
والقياس : أن يبين مقدار الماء ومدة المسك لما فيه من الجهالة والغرر ،

---

(١) ويراجع في ذلك أيضاً الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٢ والمصاوى على الشرح  
الصغير ج ٢ ص ٢٤٥ ، وشرح التنقيح للقرافي ص ١٧٣ والدر المختار ج ٢ ص ١٦ — ١١٧  
كما يراجع ما يأتي في مجال قاعدة العرف في العقود والتصرفات ( الباب الخامس ) والعرف  
العملي فيما تقدم .

والجهالة فيهما أو في أحدهما يترتب عليها فساد الإجارة وعدم صحتها ، ومع ذلك أقال الفقهاء ، بجواز ذلك لتعارف الناس عليه وتعاملهم به ، ولأن في نزاع الناس عن عاداتهم حرجاً يئناً فيجب اعتبار العرف في ذلك وما شابهه .

ويقول القرافي « ودفع المشقة عن النفوس مصلحة ولو أدت إلى خلاف القواعد وهي ضرورية ، مؤثرة في الترخص » .

### ثانياً : عقد السلم

السلم هو البيع الذي يكون تسليم المبيع فيه مؤجلاً وتسليم الثمن معجلاً .

وقال الفقهاء في تعريفه :

السلم هو تسليم عوض حاضر في عوض موصوف في الذمة إلى أجل مسمى أو بيع عاجل بأجل . وسمى عقد السلم بهذا لكونه معجلاً على وقته فإن وقت البيع بعد وجود المبيع في ملك البائع ، والسلم عادة يكون بما ليس بموجود في ماله ، فيكون العقد معجلاً ، وهو عقد من العقود التي أجازت للعرف وتعامل الناس بها .

وذكر الفقهاء : أن السلم مشروع بالكتاب والسنة والإجماع .

قال الله تعالى : « إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » . فإن الآية تشمل السلم والبيع بشمن مؤجل وتأجيله بعد الحلول .

وقد قال الإمام الشافعي - رضي الله عنه - في الأم (١) :

قوله تعالى : « إذا تداینتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » ، یحتمل كل دين ویحتمل السلف خاصة وقد ذهب ابن عباس - رضی الله عنهما - إلى أنها فی السلف : أخبرنا سفیان عن أيوب عن أبي حسان الأعرج عن ابن عباس أنه قال : أشهد أن السلف المضمون الى أجل مسمى قد أحله الله تعالى فی كتابه وأذن فيه ثم قرأ : يا أيها الذين آمنوا إذا تداینتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه .

ثم قال الإمام الشافعی - رضی الله عنه : وإن كان كما قال ابن عباس رضی الله عنهما - أنها فی السلف ، قلنا به فی كل دين قیاساً علیه لأنه فی معناه ، والسلف جائز فی سنة رسول الله - صلی الله علیه وسلم ، والآثار ومالم یختلف فیها أهل العلم ، أه .

وقد استدل بهذه الآية كثير من الفقهاء . وقال ابن قدامة فی المغنی « وهذا اللفظ یصح للسلم ویشملة فی عمومه » (١) .

وأما السنة فتقد قال ابن عباس - رضی الله عنهما - : قدم النبي صلی الله علیه وسلم المدينة والناس یسلفون فی الثمر السنة والسفتین والثلاث فقال - صلی الله علیه وسلم - من أسلم فلیسلم فی کیل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم أه (٢) .

وروی البخاری عن عبد الله بن أبي أوفی قال :

« إنا كننا السلف علی عهد رسول الله صلی الله علیه وسلم وأبی بكر وعمر رضی الله عنهما فی الخنطة والشعیر والتمر والزبيب ، أه .

(١) المغنی ج ٤ : ٢٧٥

(٢) رواه السنة ویراجع سبل السلام ج ٣ ص ٤٩

وأما الإجماع فقد أشار إليه الإمام الشافعي — رضى الله عنه —  
في عبارته المتقدمة حيث ذكر أنه لم يختلف فيه أحد من أهل العلم .

وقال ابن قدامة في المغنى في الاستدلال على مشروعية السلم :

« وأما الإجماع فقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم  
على أن السلم جائز ولأن المئمن في البيع أحد عوضى العقد فجاز أن يثبت  
في الذمة كالثمن ولأن بالناس حاجة إليه لأن أرباب الزروع والثمار  
والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل وقد تعوزهم  
النفقة فجوز لهم السلم ويرتفق المسلم بالاسترخا ص » (١) ١ هـ .

أما فنهاء الحنفية فبعد استدلالهم على مشروعية السلم قالوا إنه شرع  
على خلاف القياس .

يقول صاحب دور الحكام (٢) :

دوياًباه — أى السلم — القياس لأنه بيع المعدم ولكنه ترك  
لما ذكر . .

وقالوا : إن عقد السلم جاء على خلاف القياس إذ هو بيع معدم  
وعقد غرر وقد أجازته النبي — صلى الله عليه وسلم — وجاء به العرف ،  
ووجه مخالفته للقياس : أن الأصل في البيع أن يكون المبيع موجوداً  
في ملك البائع وقت العقد مقدوراً على تسليمه ، وفي السلم المبيع غير  
موجود وقت العقد ، والأصل أن يبيع المعدم لا يجوز فإذا أجزى فإنه  
يكون مخالفاً للقياس استثناء من أفراد يبيع المعدم حيث ورد النهى عنه

(١) المغنى ج ٤ ص ٢٧٥

(٢) دور الحكام ج ٢ ص ١٩٤ مع حاشيته اشرنبلان .

في قوله — صلى الله عليه وسلم — الحكيم بن حزام : « لا تبسح ما ليس  
هذك » (١) .

وجواز السلم بعد ذلك لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - رخص فيه  
حيث جرى به العرف ووجد أهل المدينة يتعاملون به ورأى حاجتهم إلى  
ذلك النوع من التعامل فأجيز للحاجة والضرورة وإقباغاً للعرف الذي جرى  
العمل به ، وفيه فائدة للمشتري والبائع ففائدته للمشتري ، أنه يعطى نقوداً  
ويأخذ بدلها في المستقبل ، وربما استفاد كثيراً لتفاوت الأسعار ، والبائع  
أخذ نقوداً لينتفع بها في تجارة أو صناعة أو غير ذلك من وجوه الانتفاع ،  
فما جاء في النهي عن بيع المعدوم مخصص بالآثر الوارد في السلم .

ويرى الفهرى من فقهاء الحنفية : أنه حيث ورد الأثر في تشريع  
الحكم فقد ترك موجب القياس بالآثر ويكون النص هو الأصل في تشريع  
الحكم ، فند جاء في حاشيته على التلويح حيث قال : « فإن قبل هذا تخصيص  
العام بالآثر ، وهو لا تبسح ما ليس هذك ، قلنا سلمنا كونه تخصيصاً لكنه  
مع ذلك ترك موجب قياس السلم على سائر البياعات بهذا الأثر » .

وقد ذكر مثل ذلك السرخسي بعد أن أورد حديث ابن عباس المتقدم فقال :

« فقد أقرم النبي — صلى الله عليه وسلم — على أصل العتدوينين  
شرايطه فذلك دليل جواز العقد ، وإنما يقبل السلم في العادة بما ليس  
بوجود في ملكه والقياس يأبى جوازه لأنه بيع المعدوم ، وبيع ما هو  
موجود غير مملوك للعاقدة باطل فبيع المعدوم أولى بالبطلان ، ولكننا تركنا  
القياس بالكتاب والسنة » (٢) .

(١) رواه أصحاب السنن الأربعة وقال الترمذى . « حسن صحيح » .

(٢) الميسوط ج ١٢ ص ١٢٤ ( ٢ ، ٣ ) فتح القدير ج ٦ ص ٢٠٧ . ٢٠٨ . ورد المختار

أول باب السلم كما يراجع ما تقدم .

هذا وقد قال الفقهاء: إن عقد السلم لا يصح إلا في الأشياء التي يمكن ضبطها وتقبل التعيين بالقدر أو بالوصف لأن الجهالة نفى إلى النزاع والخلاف بين العاقدين ، وما أدى إلى ذلك مانع من صحة العقود: وبين الفقهاء شروط السلم وضبط ما يجوز فيه وما لا يجوز وعرفه السلم فيه معرفة تامة بما يقطع النزاع في المستقبل بين العاقدين فيبين في عقد السلم بيان الجنس والنوع والقدر والصفة والأجل وبيان رأس المال مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً وكذلك ضبط المسلم فيه ورأس المال ومكان الوفاء (١) .

ولذلك منع الإمام أبو حنيفة وغيره من الفقهاء السلم فيما تتفاوت آحاده في المالية ومثل لذلك بيض النعام ، يقول الكمال بن الهمام في فتح القدير (٢) .

« والوجه أن ينظر إلى الغرض في عرف الناس ، فإن كان الغرض في عرف من يبيع بيض النعام الأكل ليس غير كعرف أهل البوادي يجب أن لا يعمل بظاهر الرواية فيجوز وإن كان الغرض منه في عرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الأمصار يجب أن يعمل بظاهر الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد إلا مع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض أو إهداره » اهـ .

وذلك لأن الغرض في الاستعمال قد يستدعي إهدار التفاوت أولاً يستدعيه فإن كان الغرض الأكل فالتفاوت غير معتبر فيكون عددياً متقارباً فيجوز فيه السلم ، وإن كان الغرض استعمال قشره في الصناعات فالتفاوت في آحاده يوجب التفاوت في القيمة فلا يجوز السلم فيه .

### ثالثاً : عقد الاستصناع

والاستصناع في اللغة « طاب العمل من الصانع ، وشرعاً » أن يطلب من الصانع عمل شيء مادته من عنده على وجه خاص « والغرض أن المادة من عند الصانع — أى للصانع مادة وعملا . وقد قال الفقهاء إن عقد الاستصناع شرع على خلاف القياس . وقد عرفته المادة (١٢٤) من مجلة الأحكام العدلية بأنه :

« عقد مقالة مع أهل الصناعة على أن يعملوا شيئاً فالعامل صانع والمشتري متصنع والشيء ، مصنوع ، .

ويشترط لصحة الاستصناع بيان جنس المصنوع وقدره وصفته حتى ترتفع الجهالة وتحول دون وقوع النزاع والخلاف ، وأن يكون العمل ومادة الشيء المصنوع من الصانع وأن يكون مما جرى العرف باستصناعه ، وهذا يختلف باختلاف الزمان والمكان .

وقد اختلف الفقهاء في الاستصناع هل هو مواعدة أو عقد لازم ، قال بالأول الزيدية وبعض فقهاء الحنفية - وقال صاحب البحر الزخار من الزيدية :

« والاصطناع عدة لا عقد لازم عندنا ، وهو إصنع لي كذا بكذا وهو جائز لعمل المسلمين به » .

ويقول الكاساني من فقهاء الحنفية :

« إن هناك خلافاً في معنى الاستصناع هل هو مواعدة أو بيع ،

فقال البعض : هو مواعدة وقال بعضهم : هو بيع لكن المشتري فيه خيار وهو الصحيح ، بدليل أن الفقهاء ذكروا في جوازه القياس والاستحسان ، وذلك لا يكون في العداة كما أثبت فيه محمد بن الحسن ، خيار الرؤية وخيار الرؤية يختص بالبيع وكذا قالوا : بجريان التقاضى فيه والذي يجرى فيه التقاضى هو الواجب لا الموعود .

أما الذين قالوا : إنه ليس عقدأ ولا بيعاً فقالوا : إنه لا يدخل في عقد البيع لأنه بيع معدوم حال العقد ، ولا يدخل في عقد الإجارة لأنه استئجار على تحصيل عمل في ملك الأجير ولكنه ترك للتعامل به من عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه من غير تكبير نظراً للحاجة إلى التعامل به .

ويقول الكسانى : إن الاستصناع جاز على غير القياس بالإجماع ، الذى دع على اعتبار ما تعارفه الناس فى الاستصناع ، والقياس يترك بالإجماع ، وقد أجمع الناس على ذلك من غير تكبير . ولأن الحاجة تدعو إليه لأن الانسان قد يحتاج إلى نعل أو خف من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصنعة مخصوصة ولما يتفق وجوده مصنوعاً فيحتاج إلى أن يستصنع فلو لم يحز الاستصناع لوقع الناس فى الحرج .

وما ذكره من النعل والخف إذا تيسر وجوده اليوم عنه فى عصر الكسانى فإنه توجد أشياء أخرى يحتاج إليها الانسان وقلما يتفق وجودها مصنوعة .

ويلحق الكسانى الاستصناع بالموجود لا بالمعدوم للحاجة إليه كالمسلم فيه فيقول :



« وقد خرج الجواب عن القول : أنه معدوم لأنه ألحق بالموجود والمساس الحاجة إليه كالمسلم فيه فلم يكن يبيع ما ليس عند الانسان عند الإطلاق لأن فيه معنى عقدين جائزين هما السلم والإجارة لأن السلم عقد على مبيع في الذمة ، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً » ١ هـ .

ويذكر السكاساني بعد ذلك أن الاستصناع جاز استحصاناً لتعامل الناس به ولعله يريد بذلك التعامل الراجع إلى الإجماع العمل كما ذكر غيره من الفقهاء . ويقول السرخسي في المبسوط (١) :

« إذا استصنع الرجل عند الرجل خفين أو قلنسوة أو طسناً أو كوزاً أو آنية من أواني النحاس فالقياس أنه لا يجوز ذلك ، لأن المستصنع فيه مبيع وهو معدوم . وبيع المعدوم لا يجوز لنبيه - ﷺ - عن بيعه . ليس عند الانسان ، ولا كننا نقول : تركنا القياس لتعامل الناس في ذلك وتعامل الناس من غير تفكير أصل من الأصول كبير لقوله - صلى الله عليه وسلم - « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » ١ هـ .

ويقول الزيلعي : إن الاستصناع ترك القياس فيه وخص من القواعد الشرعية للتعامل وإن التعامل جرى في كل البلاد ويمثله بترك القياس ، (٢) هـ .

فدل ذلك كله على أن عقد الاستصناع مما ترك القياس فيه للتعامل والتعارف العام عليه . وقد أقرته السنة للشرعية وأجمع الفقهاء عليه . لما رأوا الناس يتعاملون به رفعاً للهرج والضرر .

ولو جاءت السنة بمخالفة العرف فلا اعتبار له بحال ما ، وإذا راعت

(١) المبسوط ج ١٢ ص ١٣٨

(٢) تبين الحقائق ج ٤ ص ١٢٣

السنة والشريعة الإسلامية حاجات الناس وضروراتهم في تشريع الأحكام  
فهذا يحمل التعامل الموافق لمبادئ الشريعة تعاملاً شرعياً ، ولأن التعامل  
والعرف إنما يعتبر حيث لا نص كما أن مخالفته للنص تجعله غير معتبر ،  
وقد جاء النص موافقاً للعرف وما جرى به العمل في مثل هذا الموضوع .

والسنة التي وردت في الاستصناع ما ذكر في المبسوط وتبيين  
الحقائق (١) :

د أن النبي - صلى الله عليه وسلم - استصنع خاتماً ومنبراً ، اهـ .

وما جاز في العرف استصناعه فانه يصح الاستصناع فيه وما لم يجر  
في العرف التعامل باستصناعه لا يجوز له في البدائع :

د ولا يجوز الاستصناع في الثياب لأن القياس يأبى جوازه ، وإنما  
جوزناه - أي الاستصناع - للتعامل ولا تعامل في الثياب ، اهـ (٢) .

ولو جرى التعامل في الثياب لجاز على الإطلاق فالمدار في صحة  
الاستصناع وعدمه إنما هو عرف الناس والتعامل به فإذا وجد عرف  
وتعامل به صح وإن لم يوجد لا يصح الاستصناع .

وقد أصبح انعقد الاستصناع أهمية عظمى في العصر الحاضر الذي  
انتشرت فيه الصناعات الثقيلة والخفيفة على اختلاف أنواعها وعمت  
المصانع والمعامل دول العالم بشكل لم يسبق له مثيل ، ويتزايد إنشاء المصانع  
والتوسع في الصناعات بتقدم السنين لتزويد الحكومات والأفراد والجماعات  
والشركات والمؤسسات وغير ذلك بجميع ما يحتاجونه كما تنسابق الدول

(١) المبسوط ج ١٢ ص ١٣٩ وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٢٣ .

(٢) البدائع ج ٥ ص ٣ والمادة ( ٣٨٩ ) من مجلة الأحكام العدلية .

في إغراق الأسواق بالمنتجات الصناعية ، فالمعاملات مع أصحاب المصانع والمعامل والاتفاق على عقد صفقات البيع والشراء تعقد لشراء وبيع مصنوعات ومنتجاتها والاستيراد والتصدير من الدول وإليها أساسه الاستصناع .

وقد تتعاقد المصانع والشركات وإيس لديها المواد الخام اللازمة لمصنوعاتها فيكون العقد زارداً على شيء غير موجود ومع ذلك فالعقد صحيح عملاً بالسنة التي أقرت عقد الاستصناع وبالإجماع الذي أقر العرف العملي في الاستصناع الذي أصبح دولياً كما هو عرف بين الأفراد في المجتمع الواحد أو الإقليم الواحد (١) .

### ثامناً : العرف والاستحسان

إذا عرضت للمجتهد قاعدة يقتضي عموم النص حكماً فيها أو يقتضي القياس الظاهر المتبادر حكماً فيها وظهر للمجتهد أن هذه القاعدة ظروفاً وملازمات خاصة تجعل تطبيق النص العام أو الحكم الذي اقتضاه عموم النص عليها أو اتباع القياس الظاهر يقوت المصلحة أو يؤدي إلى مفسدة فعدل عن هذا الحكم إلى حكم آخر اقتضاه تخصيصاً من حكم العام ، أو استثنائها من الكلي أو اقتضاه قياس خفي غير متبادر رفعاً للخرج والمشقة فهذا العدول هو الاستحسان . فالاستحسان أطلقوه بمعنيين :

أحدهما القياس الخفي في مقابلة القياس الجلي المتبادل إلى الأفهام .

والإطلاق : الثاني ، هو الشائع في الفروع وهو كل دليل يقابل القواعد العامة سواء أكان ذلك نصاً أو إجماعاً أو ضرورة ، ومرادهم

---

(١) يراجع العرف والمادة للشيوخ أبي سنه ص ١٣١ ومرشد الحيران لقدرى باشا المواد (٥٥٦ — ٥٦٠) والمدخل الفقهي العام للزرقا ج ١ ص ٨٨٠ وما بعدها وبمبحث العرف في الفقه الاسلامي للشيوخ عمر مبد الله - إجابة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية السنة ١٠ عدد ١

بالإجماع العمل الذي يرجع إليه العرف ، وهذا هو ما تقدم في « العرف والقياس » وما تنير إليه تعريفات الاستحسان .

وقد عرف الفقهاء الاستحسان بتعريفات كثيرة منها :

« أولاً » عرفه ابن العربي فقال :

« الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين . فالعموم إذا استمر والقياس إذا أطر دقان ما لكأ باحنفية يريان تخصيص العموم بأى دليل كان والاستثناء من القياس بأى دليل كان » وعرفه تعريفاً آخر فقال :

« الاستحسان ، إظهار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص لمعارضه ما يعارض به فى بعض مقتضياته ، وينقسم إلى أقسام ، منها ترك الدليل للعرف وتركه للمصلحة أو للتيسير ورفع الحرج وإظهار التوسعة ، (١) .

« ثانياً ، عرفه ابن رشد فقال :

« الاستحسان : هو طرح القياس الذى يؤدى إلى غلوفى الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر فى موضع يقتضى أن يستثنى من ذلك القياس ، (٢) .

« ثالثاً ، عرفه أبو الحسن الكرخى من الحنفية بقوله :

« هو أن يعدل المجتهد عن أن يحكم فى المسألة بمثل ما حكم به فى نظائرها ، إلى خلافه لوجه أقوى يقتضى العدول عن الأول ، (٣) .

(١ ، ٢) الإعتصام للشاطى ج ٢ ص ٣٢٤

(٣) الأحكام للامدى ج ٤ ص ٢١٢ ؛ كشف الأسرار شرح البردوى ج ٤ ص ٣ وحاشيته

الأزميرى على المراجعة ج ٢ ص ٢٣٥

« رابعاً ، عرف ، ابن قدامة من الخنابلة فقال :

« الاستحسان هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة ، (١) .

الناظر في هذه التعريفات يجد أنها تؤدي معنى واحداً فتخصيص العام بالمصلحة هو نفسه الاستثناء من القواعد وهو نفسه إظهار ترك مقتضى الدليل ، ولا بد لهذا من دليل شرعي من النصوص أو معقولها أو المصلحة أو العرف ، وهذا الدليل أو ما يرجع إليه هو المسمى بوجه الاستحسان أو سنده ..

فقد ذكر صاحب (إيصال السالك في أصول مذهب مالك) و (فتح الودود) في الاستحسان (٢) :

وقال أشهب : الاستحسان تخصيص الدليل العام بالعرف لمصلحة الناس ، وذلك كاستحسان دخول الحمام من غير تقدير زمان المسك وكدر الماء مع أن الدليل يمنع لأنه داخل في الفرر المنهى عنه في الحديث للجهل بالثمن ، ومقدار المسك ، وكذا الشرب من السقاء من غير تعيين قدره لأنه غرر يسير معفو عنه استحسناً لأن المكايسة بتعيين قدره قبيح عادة ، وقد قال — صلى الله عليه وسلم — : بعثت لأتمم مكارم الأخلاق ، وقال — صلى الله عليه وسلم — : إن الله يحب معالي الأمور ويكره سفافها .

وقد يقال : إن مثل ذلك كله محدود بالعرف فقدر الماء الذي يستعمل

---

(١) روضة الناظر لابن قدامة باب « الاستحسان » .

(٢) إيصال السالك ص ٣٦ وفتح الودود ص ٣٥٤ .

ويشرب معروف عادة والغرر فيه يسير والغرر اليسير مغفر في المعاملات للمصلحة التي تدعو إليها حاجة الناس إلى التعامل وقد ذكر الفقهاء : أن من الاستحسان الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي .

وقد ذكر الجلال المحلى في شرحه على جمع الجوامع (١) :

أن الاستحسان هو العدول عن الدليل إلى العادة للمصلحة ومثل لذلك بمسألة دخول الحمام والشرب من السقاء ثم قال : فإن ذلك معتاد على خلاف الدليل للمصلحة .

وجاء في حاشية الفخرى :

« إطلاق الاستحسان في دخول الحمام من غير تعيين الأجرة وتقدير مدة اللبث فإن القياس يأبى جوازَه لمكون مقدار الانتفاع بمجمولاً ، ولأنه عقد إجارة لاستهلاك العين وهي الماء الحار والبارد والأجرة شرعت للانتفاع بالمنافع التي هي أعراض ، ولكن جوز استحساناً للتعامل بقوله — عليه الصلاة والسلام — « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » وصح أنه عليه الصلاة والسلام . قال : نعم البيت الحمام يزيل الدرن ويذكر النار » .

ثم ذكر الفخرى أن شرب الماء من السقاء من غير تقدير الماء وعوضه مثل ذلك اهـ (٢) .

فالفخرى يرى : أن الموضوع عقد إجارة لاستهلاك العين ، والإجارة شرعت للانتفاع بالمنافع التي هي أعراض فعدل به عن قياس الإجارة

---

(١) العطار على جمع الجوامع ج ٢ ص ٣٩٥ ويراجع العرف والعادة للشيخ أبي سنه

ص ١٠١ والمدخل الفقهي العام للزرقا ج ١ ص ٩٠٣ المحمّد الثاني .

(٢) حاشية الفخرى ج ٣ ص ٣

استحساناً للتعامل الجارى بين الناس ويؤيد ذلك ما ذكره عن النبي — صلى الله عليه وسلم — وفعله أيضاً حيث شرب الماء من السقاء من غير تقدير الماء وعرضه ، وبذلك تكون السنة القولية والفعلية قد أقرت ما تعارفه الناس فى ذلك للحاجة والمصلحة ، فإذا ما أتى الإجماع بعد ذلك تكون السنة هى سنده أو دليله إفا صحت ، وإذا صح الإجماع كذلك فإنما يكون سنده كذلك ما جاء فى الشريعة من أدلة اعتبار العرف وهذه المعاملات كانت معروفة عند العرب قبل الإسلام وجاء الإسلام ولم يأنها وقد ذكر الفقهاء ، أن العرف الذى استوفى شروطه السابقة يصلح خصصاً للعام ومقيداً للمطلق ويترك به القياس — كما سلف .

وقد قال الفقهاء : إن العرف إذا كان غالباً فهو دليل الحاجة فهو أقوى من القياس فيترجح عليه استحساناً عند التعارض .

هذا وترك الدليل بالعرف لتحقيق المصلحة أو التيسير ورفع الحرج عما يدخل فى مقاصد الشريعة الإسلامية ، ومن المعلوم أن ترجيح العرف على القياس الذى يستند إلى نص تشريعى غير مباشر وكذلك ترجيحه على القياس المستند إلى علة عرفية ، هو من قبيل الاستحسان عند الحنفية والمالكية ، وكما ذكر فلا استحسان ترك فيه الدلائل القياسية لأدلة أخرى منها العرف .

وعلى ذلك فلا استحسان بالعرف قسم من أقسام الاستحسان ، وهى أيضاً أقسام تنوع بحسب أقسام العرف . وهى :

١ — الاستحسان بالعرف الشرعى .

٢ — الاستحسان بالعرف العملى .

٣ — الاستحسان بالعرف القولى .

أما القسم الأول وهو الاستحسان بالعرف الشرعى فن أمثلته :

١ — إذا حلف إنسان لا يصلى فإنه مقتضى القياس أنه يحنث بمجرد افتتاحه للصلاة كما قالوا فى الصوم : إنه يحنث بمجرد شروعه فيه لكن قالوا استحساناً :

« لا يحنث بمجرد الافتتاح فى الصلاة ويحنث إذا صلى ركعة كاملة الأركان من قيام وقراءة وركوع وسجود لأن الصلاة فى عرف الشارع عبارة عن هذه الأركان فما لم يأت بركعة كاملة الأركان لا يسمى فعله صلاة بخلاف الصوم فإن له ركناً واحداً هو الإمساك وذلك يتحقق بالشروع فيه ويكون الجزء الثانى مكرراً الأول .

٢ — ومن أمثلة ذلك النوع ما إذا قال : مالى للمساكين صدقة فالقياس أنه يلزمه التصديق بجميع أمواله ، وقال الإمام مالك — رضى الله عنه — من حلف أو قدر أنه يتصدق بماله أنه يتناول جميع ما يقع عليه اسم مال .

ولكن الإمام أباح حنيفة — رضى الله عنه — خصه بمال الصدقة استحساناً ، وقال الحنفية فى ذلك : إن الله تعالى أطلق المال فى الزكاة — مريداً به أنواعاً مخصوصة فما ماله لا تجب فيه الزكاة لا يجب عليه به شئ .

وهذا من باب الاستحسان بالعرف الشرعى ، بخلاف الوصية فإنها خلانها كالميراث فلا تختص بشئ دون آخر .

وذكر بعض الفقهاء : أن فى المسألة إدراكاً آخر وهو : أن الرجل لو ألزم بجميع المال لأصبح عالة على غيره بعد أن كان فى غنى عنهم ،



والحياة مظنة الحاجة بخلاف الوصية فإنها تقع في حالة الاستغناء وهي حالة ما بعد الموت ، فلا يلزم من صرف الوصية إلى جميع المال لوومه في النذر على أنها مقيدة بالثلث وما بقي نية غناء للورثة والشارع الذي أطلق المال في الوصية لم يقيد بنوع دون نوع كما في الزكاة ففي الحقيقة منشأ الاستحسان في ذلك هو المصلحة والحاجة .

« النوع الثاني ، الاستحسان بالعرف العملي :

ومن أمثله ما قاله الفقهاء في الاستصناع والإجارة كما تقدم في « العرف والقياس » ومسألة دخول الحمام والشرب من السقاء .

ومن ذلك أيضاً : قول الإمام محمد بن الحسن فيمن باع ثمراً وشرط بقاءه على شجره حتى يتم نضجه أنه يصح استحساناً إعادة الناس ذلك ، وفي القياس لا يجوز لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد ، وهو شغل ملك الغير ، وهو صفتين في صفقة لأنه إما إجارة أو إجارة في بيع وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن صفتين في صفقة ، فهذا الاستحسان المستند إلى العادة التي منشؤها حاجة الناس ، ومصالحهم خصص نص الحديث كما خصص حديث للنهي عن بيع وشرط وذلك لأن الشرط المتعارف لا يفرض إلى النزاع الذي عللوا به النهي في هذا الحديث .

ويذكر العز بن عبد السلام في هذا المثال - كما تقدم - أن بقاء الثمر على الشجر إلى أوان جذاذه والتمكن من سقيه مشروط بالعرف فصار كما لو شرط باللفظ. وذلك استثناء من القواعد تحصيلاً لمصلحة العقد ولأن الحاجة ماسة إليه ولو لم يحز ذلك لتعذر على الناس أكل الثمار رطبة وذلك ضرر عظيم لم ترد الشريعة بمثله .

ومن أمثلة -- الاستحسان بالعرف العملي - وقف المتقول : فقد

قال الفقهاء : إن الأصل في الوقف أن يكون مؤبداً فمقتضى هذا الأصل ألا يجوز وقف المنقول المستقل عن العقار لأنه يسرع إليه الفساد ولا يقبل التأييد ولكن جاز وقف المنقول استحساناً لتعامل الناس ذلك ، وإن كان القياس ألا يجوز ، وقد نقل فقهاء الحنفية عن محمد بن الحسن — رحمه الله تعالى — أنه أجاز وقف ما جرى العرف بوقفه عن المنقولات المستقلة كالكتب ونحوها بطريق الاستحسان لأن الناس تعارفوه .

ومن ذلك ما قالوه فيمن استعار دابة وردها إلى بيت مالكمها فهلك لم يضمن استحساناً لتعارف الناس الرد على هذه الحالة ، والقياس في المال المستعار أن يرد إلى مالكم في يده كالثوب وغيره .

ومنه : أن يبيع النحل ودود القز غير جائز عند أبي حنيفة — رضى الله عنه — لأنه لم يعتبرها من الأموال قياساً على هوام الأرض ، وإنما الإمام محمد — رحمه الله تعالى — حكم بما ليتها وصحة بيعهما لجريان التعامل بهما في عرف الناس بيعاً وشراءً ..

النوع الثالث : د الاستحسان بالعرف القولى ، ومن أمثلته :

قول الرجل : أوصيت إلى جيرانى . القياس فيه أنه يقيد بالمتلاصقين عند أبي حنيفة — رحمه الله تعالى — لأن الجار من المجاورة ، وهى الملاصقة حقيقة ، ولهذا اختصت الشفعة بهم ، والاستحسان أن الوصية قشماهم وغيرهم من أهل محله لأنهم يسمون جيراناً فى عرف المتخاطب .

وذكر الشلبى فى حاشيته على شرح الكنز ، بعد هذه المسألة : قال أبو يوسف ومحمد — رضى الله عنهما — فهؤلاء جيرانه فى عرف الناس ، وذلك بناء على قولهما بتقديم الجواز المتعارف على الحقيقة المستعملة

بخلاف الإمام أبي حنيفة حيث أنه يقدم الحقيقة على المجاز لأنها الأصل (١).

ومن ذلك قول الرجل ، والله لا أتكلم فقرأ القرآن أو سبح في الصلاة ، فالقياس أنه يحنث ويسكنهم قيده استحساناً بالعرف بما عدا ذلك ، وقال بعض الفقهاء لا يحنث بقراءة السكتب في عرفنا .

وكذلك قول الرجل كل حل على حرام ، فالقياس أنه يحنث بمجرد النطق لأنه باشر فعلاً حلالاً مباحاً وهو التنفيس ، والاستحسان يقيده بالطعام والشراب . .

وبعد هذا فقد تبين أثر العرف في ترك القواعد وورود الاستثناء عليها وذلك تحقيقاً للمصلحة المقصودة للشارح من التشريع ودفعاً للضرر والمشقة عن الناس حتى لا يقعوا في الضيق أو الحرج (٢) .

### تاسماً - العرف والمصلحة

تعريف المصلحة : قال حجة الإسلام الغزالي :

« ونعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهي : أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلمهم ونسلهم ومالههم ،

---

(١) يراجع « الحقيقة والمجاز » فيما تقدم من ٤٠

(٢) يراجع خلاف ما تقدم الأحكام للقراني ص ٦٨ والمبسوط للسرخسي ج ١٠ ص ١٤٥ ورسالة تحليل الأحكام للشيخ محمد مصطفى شاي ص ٣٥٤ والعرف والعادة للشيخ أبي سنة ص ١٠١ — والمدخل الفقهي العام للزرقا ج ١ ص ٩٠٣ ومصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٥٦ وما بعدها . وكتاب « أبو حنيفة » للشيخ محمد أبو زهرة بحث الاستحسان .

«فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة ، ا هـ .

### أقسام المصلحة : قسم العلماء المصلحة إلى ثلاثة أقسام :

١ - ما قام الدليل الشرعى على رعايتها ، واعتبارها ، وهى المصلحة المعتبرة شرعاً من غير خلاف وإن اختلف العلماء فى بعض التفاصيل المتعلقة بها وهى المعتبرة .

٢ - ما قام الدليل الشرعى دلى إلغائها ، وهى الملغاة .

٣ - ما لم يقم الدليل الشرعى على اعتبارها ولا إلغائها . . وهى المرسلة .

أما القسم الأول من أقسام المصلحة وهى المعتبرة بالدليل الشرعى فلا نزاع فى بناء الأحكام عليها وما نعارفه الناس مخالفاً لها فهو عرف مفسد لا يعتبر ويجب تركه ، ومثال ذلك :

أن الشارع أمر بحفظ العقل ودل على رعاية هذه المصلحة بتحريم الخمر وإقامة الحد على شاربيها فإذا تعارف الناس نوعاً من المسكرات لا يسمى خمرأ ويفعل فى العقل ما تفعله الخمر لم يتردد الفقهاء فى القول بتحريمه بالدليل القائم على تحريم الخمر ، لأنه حفظ العقل مصلحة تعتد بها الشريعة وتبنى عليها الأحكام وهذا هو أصل القياس فى الشريعة الإسلامية .

وأما القسم الثانى - وهى المصلحة الملغاة فهى ما صرح الشارع بإلغائه . ونعله يعارض النصوص الشرعية د كتحريم الربا ، الذى أصبح متعارفاً فى كثير من الأمور الاقتصادية وبخاصة د نظام الفوائد ، فهو عرف مفسد ولو أجمع عليه الناس فى جميع بلاد الدنيا ، ويجب التخلص منه بوضع نظام اقتصادى خال من الربا .

وعلى هذا فالعرف المخالف للمصلحة المعتبرة والموافق للمصلحة من العرف الفاسد الذي لا اعتبار له ويجب تركه واتباع ما جاءت به الشريعة كما مر في أقسام العرف .

وأما القسم الثالث د وهو المصلحة المرسلة ، التي لم يقم دليل على اعتبارها أو إلغائها فهي مرسلة عن الإلغاء والاعتبار ، فقد قال بها الإمام مالك وأحمد - رضي الله عنهما - وقد التحقّق وجد أن الإمام الشافعي - رضي الله عنه - يقول بها كما ذكره إمام الحرمين في د البرهان .

وأما الإمام أبو حنيفة - رضي الله عنه - فقد قال بالاستحسان وتوسع فيه وأكثر منه ، وفي تفسيره للاستحسان جعل رعاية المصلحة أحد أنواعه ، فالاستحسان من أنواعه عند الحنفية . استحسان سنده العرف والضرورة والمصلحة ، وهذا استناداً إلى المناسب المرسل .

ويقول الإمام القرافي (١) :

د أما المصلحة المرسلة فالمنقول أنها خاصة بنا وإذا تفقدت المذاهب وجد منهم إذا قاسوا أو جمعوا أو فرقوا بين المسألتين وجد منهم لا يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذي جمعوا به أو فرقوا ، بل يكتفون بمطلق المناسبة وهذا هو المصلحة المرسلة فهي حينئذ في جميع المذاهب .

ويقول أيضاً :

د هي عند التحقيق في جميع المذاهب لأنهم يقيسون ويفرقون بالمناسبات وهي أظهر ولا يطلبون لها شاهداً بالاعتبار ولا نعي بالمصلحة المرسلة إلا ذلك .

هذا وقد أفتى الفقهاء بفتاوى كثيرة قامت على رعاية المصلحة وحدها ، وهذه الفتاوى لا يخلو منها مذهب من المذاهب كما أشار إليه القرافى ، وابن دقيق العيد حيث قال فيما نقله عنه الشوكانى فى إرشاد الفحول (١) :

« الذى لا شك فيه أن المالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء فى هذا النوع وبليبه أحمد بن حنبل ، ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره ولاكن لهُذين ترجيح فى الاستعمال لما على غيرها ، .

وقد وضعوا لها شروطاً ضبطوها بها وهى :

١ — أن تكون المصلحة حقيقية لا وهمية ، أى أن بناء الحكم عليها يحلّب نفعاً أو يدفع ضرراً وكذلك كل مصلحة يريد الشارع تحقيقها .

٢ — أن تكون هذه المصلحة الحقيقية عامة - أى ليست مصلحة شخصية - وبناء الحكم عليها يحلّب نفعاً لأغلب الناس أو يدفع الضرر عن أكثرهم .

٣ — أن تكون هذه المصلحة لا يعارض الأخذ بها نصاً ولا إجماعاً فإذا عارضت النص والإجماع فهى فى الغالب مصلحة وهمية ، ولا يعدل عن المصلحة الحقيقية التى ثبتت بالنص والإجماع إلى مصلحة وهمية .

وقد تحدث القرافى فى التنقيح بعد بيانه مراتب المصلحة ليضع الباحث بعد ذلك أمام المصلحة والعرف - فقال :

« ودفع المشقة عن النفوس مصلحة ، ولو أدت إلى خلاف القواعد وهى ضرورية مؤثرة فى الترخّص كالبلد الذى يتعذر فيه العدول ... قال ابن رشد فى النوادر : تقبل شهادة أمثامهم حالا لأنها ضرورة كذا يلزم فى القضاة وولاية الأمور ، وحاجية على الخلاف فى الأوصياء ، ا هـ .

فالعادلة شرط في اليهود الذين تقبل شهادتهم ولا يمكن إذا ما تغير حال الناس وعرفهم وتمذر وجود من تتحقق فيه شروط العدالة ، فانه لا يقال بحتمية اشتراط العدالة وتحقق شروطها في اليهود حتى تقبل شهادتهم ، أو في الولاة الذين لا بد منهم لولاية أمور الناس لئلا تضطرب الأحوال وتعم الفوضى في البلاد إذا ترك الأمر من غير وال أو مستول .

وكذلك فان العرف الذي يحقق اعتباره المصلحة بشروطها المتقدمة معتبر وتجب مراعاته والأخذ به ، ولو نظرنا إلى المسائل التي بنيت أحكامها على العرف لأمكن القول : أنها تعود إلى المصلحة الراجعة إلى كليات الشريعة وقواعدها العامة .

وما استدل به الفقهاء في هذا الموضوع « القول بتضمين الصناعات » . في الصدر الأول للإسلام لم يكن الصناعات يضمنون ما يصنعون إذا ادعوا تلفه فلما رأى الإمام على بن أبي طالب - كرم الله وجهه - أن الناس لا يستغنون عن الصناعات عادة لشدة حاجتهم وأن من طبيعة عمل الصناعات أن يأخذوا الأمتعة التي يصنعونها بعيداً عن أصحابها وليس من شأن أغلب الصناعات أن يحتاطوا في حفظ ما يصنعون تضي على - كرم الله وجهه - بتضمين الصناعات ما يدعون تلفه من الأمتعة ، إذا لم يقيموا الدليل على تلفه بغير سبب منهم ، وقال : لا يصلح الناس إلا ذاك . وقال الإمام مالك في المدونة : وذلك لمصلحة الناس إذ لا غنى بالناس عنهم . . . وما أدركت العلماء إلا وهم يضمنون الصناعات (١) .

فهذا حكم بنى على تغير العرف في شأن الصناعات وقد قبله الصحابة - رضي الله عنهم - وقال به الفقهاء من بعدهم بعد أن علموا وجه المصاحبة فيه فقبولهم لا ينفى أن الأصل فيه هو العرف الذي في اعتباره تحقيق المصلحة التي يجب مراعاتها في تشريع الأحكام .

وقد ساف : أن المالكية قد أفتوا بالقول الشاذ في المذهب ، والمراد  
فيه ما قابل المشهور أو الراجح إذا جرى به العمل والعرف وكان في الفتوى  
والأخذ به تحقيقاً لمصلحة ، تحققت فيها شروط المصلحة .

وكان المفتى به من المجتهدين في المذهب لا من المقلدين فيه مع أنهم  
قالوا : « إن الفتوى بغير المشهور توجب عقوبة المفتى ما لم يجر العمل به » .

فإذا ما جرى العمل بالشاذ قدم على المشهور بعد أن يثبت بشهادة  
العدول أن العمل جرى به أكثر من مرة من العلماء المفتدى بهم ، وأنه  
يعمل به ما دامت المصلحة المرادة تتطلب ذلك (١) .

وقال « صاحب الهبة شرح التحفة » :

وأما العمل الجارى لمصلحة عامة أو سبب فظاهر عمومها ما دامت تلك  
المصلحة وذلك السبب « ا هـ .

وقول الإمام مالك - رضى الله عنه - بالمصلحة المرسله سار في  
جميع أبواب المعاملات لأنها جارية على المناسب الظاهر للعقول ، وذلك  
مع مراعاة مقصود الشارع من التشريع حتى لا يخرج عنه أو يناقض  
أصلاً من أصوله ، كما أشار إلى ذلك الشاطبي في الموافقات (٢) .

أما فقهاء الحنفية فقد روى عنهم فتاوى كثيرة فاعت على رعاية  
المصلحة وحدها وكان العرف معتبراً في بناء الأحكام في كثير منها وبعضها  
يتعلق بموضوع البحث ، ومنها :

أولاً - تقدم ما قضى به الإمام على بن أبي طالب - كرم الله وجهه -

(١) يراجع ما تقدم في العرف الثابت والتبديل .

(٢) الموافقات ج ٣ ص ١٠٠



في تضمين الصفاة ، وقد اعتبره المالكية من باب المصلحة المرسلة ،  
وأما الإمام أبو حنيفة — رحمه الله تعالى — فقال بعدم تضمينهم ، وقال  
الصاحبان — رضى الله عنهما — بتضمينهم دفعاً للضرر للأمن شيء غالب  
كالحرقة الغالب والعدو المكابر رعاية للمصلحة التي يقصد بها المحافظة على  
أمن الناس نظراً لتغير الأحوال والأعراف ، وذكر فقهاء الحنفية ذلك  
في باب الاستحسان ، وهو من باب المصلحة كذلك .

ثانياً — أفتى الإمام أبو حنيفة — رحمه الله تعالى — بجواز الصدقة  
على بني هاشم مع أن النبي — صلى الله عليه وسلم — نهى عن ذلك ، وذلك  
بعد تغير الأحوال وانقطاع نصيبهم من الخمس ، وهو سهم ذوى القربى ،  
فقد ذكر الطحاوى فى شرح معاني الآثار عن الإمام أبي حنيفة — رضى  
الله عنه — أنه قال :

« لا بأس بالصدقات كلها على بني هاشم مع أن النبي — صلى الله عليه وسلم —  
قال فيما روى عنه مسلم « إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد إنما هي  
أوساخ الناس » فلما انقطع ذلك — أى سهم ذوى القربى — عهم ورجع  
إلى غيرهم بموت رسول الله — صلى الله عليه وسلم — حل لهم بذلك ما قد  
كان محرماً عليهم من أجل ما كان أحل لهم » (١) اهـ .

وقد أفتى الإمام أبو يوسف — رحمه الله تعالى — يرى حشيش  
الحرم للمعاجة والضرورة مع ورود النهى عنه للمصلحة وحاجة الحجاج  
كما أفتى به الشافعية .

هذا وقد ذكر الشيخ أحمد فهمى أبو سنه فى رسالته « العرف

والعادة» (١) إن الحنفية لم يعتبروا من الأوصاف المناسبة إلا المؤثر ، وعرفوه : بأنه الوصف المناسب الذي ثبت بالنص أو الإجماع اعتبار عينه أو جنسه في عين الحكم أو جنسه وذكروا من أنواعه اعتبار جنس العلة في جنس الحكم كاعتبار المشقة في التخفيف . . . وقد أخذ الحنفية من هذا الدليل قولهم المشقة تجلب التيسير واستنبطوا أحكاماً كثيرة رعاية لرفع الحرج وعموم البلوى .

ثم قال : « إن فقهاء الحنفية وضعوا قاعدة رعاية العرف استناداً إلى هذا الدليل وهذا يشير إلى الاستدلال على القاعدة بنوع من أنواع المؤثر الذي تقدم بيانه . . . وهو كذلك يصلح إشارة إلى التعليل بالمصلحة المرسله عند المالكية لأنه راجع إلى تأثير جنس الوصف في جنس الحكم ، ولم يشهد له أصل معين ، بل فيه حفظ مقصود من مقاصد الشارع ، وهو التيسير ورفع الحرج ، لاسيما وأن مالكا لا يشترط في المصلحة أن تكون ضرورية كالغزالي بل يقبلها وإن كانت حاجية أو كالية » اهـ .

فالحنفية قالوا بالمصلحة المرسله مثل المالكية ، وأن قاعدة رعاية العرف التي وضعوها ترجع إلى اعتبار المصلحة التي ترجع إلى قاعدة التيسير ورفع الحرج .

وقد أفتى فقهاء الحنابلة بفتاوى كثيرة راعوا فيها اعتبار المصلحة نظراً لتفسير العرف وتبدل الأحوال ، وقد تقدم في بحث « العرف والإجماع » ما أفتى به الفقهاء من جواز التسعير تبعاً لتغير العرف تحقيقاً للمصلحة وقد قال بجوازه الحنابلة لهذا المعنى وقالوا :

« يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل والتسعير معناها إلزام بالعدل الذي أزمهم الله به » ٥١ .

والحنابلة يشترطون في المصلحة المرسلة ما اشترطه المالكية فقد ذكر الشوكاني في ذلك قوله : « وإن كانت ملائمة لأصل كل من أصول الشرع أو لأصل جزئي جاز بناء الأحكام عليها وإلا فلا حكام ابن برهان في الوجيز عن الشافعي وقال : إنه الحق المختار ٥٢ .

ومن ذلك ما أحدثه عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - من إنشاء الديوان لحفظ ما يتعلق بحقوق الناس وضبطها من الأعمال والأموال وما يقوم بذلك من العمال والجند وأعطيتهم وأرزاقهم ، ومدة خدمتهم وعزلهم وتقليدهم وما يختص ببית المال من دخل وخرج وما يتعلق بذلك من أمور تقتضيها أحكام حسبي تقضيه الأعمال المختلفة وما يتعلق بها من رسوم وحقوق بحسب اختلاف البلاد والأشخاص والتقليد والعزل وترتيب الوظائف في الدولة واختصاصاتها .

ومن هذا القبيل في عصرنا الحاضر الأحكام التي تتعلق بشئون الإدارة المنظمة لمصالح المجتمع من التدبير التي تتوقف عليها تنظيم تلك الشؤون والمصالح العامة ، وذلك كتمرض الضرائب على القادرين عند الحاجة إلى الأعمال العامة لتجهيز الجيوش وإنشاء المصالح وغير ذلك ، من إنشاء جهاز للشرطة للمحافظة على الأمن ومصالح الناس ، ومنه إنشاء المستشفيات ودور العجزة وسائر وجوه الضمان الإجتماعي ، إلى غير ذلك من الأمور التي أصبح معلوماً أنه لا غنى عنها في مجتمع من المجتمعات والتي يجب أن يتعاون عليها الجميع .

وكل ذلك من مقتضى الولاية العامة لأصاحب السطة العليا في الأمة

فان له أن ينظم هذه الأمور والأوضاع ويسن النظام اللازمة لاستمرار هذه الأعمال في تأدية خدماتها للأفراد .

ومن هذه الأمور التي أصبحت معرفة مستقرة وتدخل تحت هذا الموضوع ، ما يتعلق بالنظم القضائية التي عرفت في العصر الحاضر من تخصيص القضاء بحيث يكون لكل نوع من الدعاوى محكمة مخصصة تنظر فيه كالمحاكم التي تنظر في محاكمة المجرمين والمحاكم التي تنظر في الحقوق المالية والمحاكم العمالية وما يتعلق بسير الدعاوى وغير ذلك .

ومن ذلك جعل المحاكم على درجات بحيث يكون أمام المحكوم عليه طريقاً للطعن في الحكم الصادر عليه أمام محكمة أعلى تستطيع فسخه أو تعديله إذا وجدت فيه جوراً أو خطأ ، وكذلك منع سماع الدعاوى إذا مضت عليها مدة معينة بلا عذر وذلك للشك في أصل الحق وإثباته بعد التقادم ، ولتخليص القضاء من البحث عن الوقائع القديمة التي كثيراً ما تكون مضيعة للجهد ومربكة للعمل ، ولحل الناس على متابعة حقوقهم وعدم إهمالها وهذا هو المعروف بالتقادم أو مرور الزمن التي أقرها المتأخرون من الفقهاء .

ومنه أيضاً الأحكام التي تتعلق بالشهر العقاري والتي تقضى بأن العقود العقارية لا تسكب المتعاقدين حقاً في العقار ما لم يسجل في السجل العقاري . وذلك لمقاصد تنظيمية وإصلاحية عديدة منعاً للتلاعب والاحتيال على الناس ببيع العقار أكثر من مرة لعدة أشخاص .

ومن المسائل التي تتعلق بهذا المبحث ، الحكم بإنهاء الزواج بين المفقود وزوجته بناء على طلبها ، وإن لم يثبت موته بعد أربع سنوات من فقده . في حال السلم أو سنة في حال الحرب ثم تعقد الزوجة ويسوغ لها بعد ذلك أن تزوج وتقضى الزوجة عدتها الشرعية ، وذلك دافعاً للضرر من بقاء الزوجة

معلاقة مدى العمر وبهذا قضى عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - وبه قال المالكية تبعاً لقضائه .

وعلى هذا فالعرف الذى استوفى شروطه السابقة هو الذى يكون فى الأخذ به مصلحة وذلك قال الفقهاء باعتباره وأخذ الفقهاء بالمصلحة المرسلة وبشروطها التى ذكرت واختلاف الحكم تبعاً لاختلاف العرف والمصلحة ليس باختلاف فى أصل الخطاب - كما ساف - وإنما جاء ذلك من تطبيق أصل عام دائم هو :

« أن المصلحة التى يرد دليل شرعى باعتبارها أو إلغائها يقضى فيها المجتهد على قدر ما يراه فيها من صلاح ، وكذلك على المجتهد تطبيق أصل آخر هو اعتبار العرف الذى يرجع إلى المصلحة تبعاً للاحتاجة والضرورة ، فالأحكام المبينة على المصالح المرسلة والتى رجعت إليها العرف تستند إلى أصول الشريعة العامة التى تقتضى اليسر ورفع الحرج عن المكلفين ، وقد جاء فى ذلك قواعد وضعها الفقهاء مثل :

« المشقة تجلب التيسير ، وإذا ضاق الأمر اتسع » . وقد قال الله تعالى « ما جعل عليكم فى الدين من حرج » (١) وقال تعالى « يزيد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » (٢) .

ويقول ابن تيمية : ومن استقرأ الشريعة فى مواردها ومصادرها وجدها مبينة على قوله تعالى :

« فن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه » (٣) وقوله تعالى « فن اضطر فى مغمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم » (٤) .

(٣) سورة البقرة ١٧٣

(٤) سورة المائدة ٣

(١) سورة الحج ٧٨

(٢) سورة البقرة ١٨٠

فبكل ما احتاج إليه الناس في معاشهم ولم يكن سببه معصية هي ترك واجب أو فعل محرم لم يحرم عليهم لأنهم في معنى المضطر الذي ليس بباغ ولا عاد . .

وقال أيضاً :

« إذا أشكل على الناظر أو السالك حكم شيء هل هو على الإباحة أو التحريم فليَظنر إلى مفسدته وثمرته وغايته ، فإن كان مشتملاً على مفسدة راجحة ظاهرة فإنه يستحب على الشارع الأمر به أو إباحته بل يقطع أن الشرع حرمه لا سيما إذا كان مفضياً إلى ما ينقضه الشرع ويحرمه الله تعالى ورسوله ﷺ .

فهذا الأصل الذي يعرفه المجتهدون من موارد الشريعة الإسلامية هو بمعنى قول الشارع للذين أتوا العلم وأهل الاستنباط :

« إذا عرض لكم أمر فيه مصلحة ولم تجدوا في الأدلة التي بين أيديكم ما يدل على رعايتها بخصوصها أو إلغائها فزفوا تلك المصلحة بعقولكم الراسخة في فهم المقصود من التشريع وفضلوا لها أحكاماً تطابقها دون الخروج عن مقصود الشارع من التشريع . وذلك في باب المعاملات لأن أحكامها مبنية على رعاية المصالح التي يتيسر لذوى العقول السليمة متى عرفت أحكامها وفهمت المقصد من التشريع أن تفق على أسرارها وترى الخير في التمسك بها .

ويذكر الإمام الشاطبي - رضي الله عنه - في الموافقات « أن المنافع والمصالح مقصودة من تصرفات العقلاء بلا خلاف بين العقل والشرع وكذلك هي مقصودة عرفاً وعادة ولذا كان العقد على الذوات من أجل تحقيق المنفعة كن عقد على سكنى دار أو شراء ثوب فالذوات لا يفتنح بها من

حيث هي ذرات ، وإنما من حيث ما يراد منها ، فالدار ينتفع بسكنائها والثوب باللبس ولذلك يزداد في ثمن الأصل كلما زادت منفعة المهردة عرفاً ...

فالقصد الشرعى إلى المنفعة التى تتحقق من العقود التى يقوم بها الإنسان يتبع القصد العرفى لأن من أصول الشارع مراعاة مصالح ومقاصد المكلفين منها طالما كان ذلك لم يخالف أصلاً من أصول الشريعة أو نصاً شرعياً صح ذلك التصرف .

ولذا ثبت أن المنافع مقصودة عرفاً وعادة ثبت أن الشارع بحسب ذلك القصد وكذلك كل ما لا منفعة فيه من العقود عليه فى المعاوضات لا يصح العقد عليه اهـ ( بتصرف واختصار ) .

فالشريعة الإسلامية بأصولها وقواعدها تقر المصالح الذى جرى به العمل بين الناس فى أمور حياتهم التى توارثوها وتعارفوا عليها جيلاً بعد جيل من ألوان المعاملات المدنية والتجارية إلا أن هذه الأمور بحالتها التى كانت عليها لم تكن كافية لتحقيق المصالح المرجوة للناس فلا بد من أن تبين الشريعة أحكامها من وجوب أو نذبة أو إباحة وبالتحديد حدودها التى تناط بها الأحكام فتقر المصالح وتنفى ما هو فاسد .

وأكثر ما يحتاج إليه فى مقام التقرير هو حكم الإباحة لإبطال غلو المتغالين وترك المباحات يأخذ منها الناس حاجاتهم من غير تضيق قد يفوت المصالح ويكون سبباً فى المفاسد ، قال تعالى : « ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث » . وقال تعالى : « قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق » . « قل إنما حرم ربى ألقوا حسن ما ظهر

منها وما بطن والإثم والبغى بغير الحق» (١) ٥١ .

وقد أقر بعد ذلك ، أن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم .

ومنع المفاسد مقدم على جلب المصالح . وهذه المرونة في قواعد الشرعية ومقاصدها العامة كفلت لمن ساروا على منهاجها تحقيق مصالحهم في كل زمان ومكان (٢) .

### ثامناً — العرف والاستصحاب

الاستصحاب في اللغة : طلب الصحة أى أن المناظر يطلب صحة ما معنى من الدليل . وهو مأخوذ أيضاً من المصاحبة .

وفي الاصطلاح :

هو الحكم الظنى بثبوت أمر في الزمن الماضي بناء على ثبوته في الزمن الأول ما لم يطرأ ما يغيره .

وهذا بمعنى قول الفقهاء : الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه ما لم يطرأ مغير :

(١) سورة الأعراف ٣٢ ، ٣٣

(٢) يراجع سوى ما تقدم « الموافقات » ج ٢ ص ٣ ، ٤ ، ٣٨ و ج ٣ ص ١٠٠ والاعتصام ج ٢ ص ٢٠٧ ، ٣١١ الأحكام للآمدى ج ٣ ص ٣٨٨ وقواعد الأحكام ج ١ ص ١ — ١١ والمستصفي للغزالي ج ١ ص ٣١٠ والبرهان لإمام الحرمين ص ٢٣١ والأشباه للسيوطي ص ٨٨ وفتح الباري ج ٤ ص ٣٢١ والأحكام السلطانية للمواردى ص ١٧٥ والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٢٠ والطرق الحكيمة والسياسة الفرعية لابن القيم ص ١٨ ، ٢٢٣ ورسائل ابن عابد بن ج ٢ ص ١٣٠ والمدخل الفقهي للزرقا ص ٨٠ ج ١ وأصول التشريع الإسلامي فيما لا أس فيه لعبد الوهاب خلاف ص ٧٨



والاستصحاب على نوعين :

١ - استصحاب العدم الأصلي أو النفي الأصلي ، وهذا لا خلاف فيه فإن الأصل في الأشياء العدم .

٢ - استصحاب الحكم الشرعي ، وقد اختلفوا فيه على رأيين :

الأول : أنه حجة وإليه ذهب المالكية والحنابلة وجمهور الشافعية والظاهرية وأبو منصور المازني من الحنفية .

الثاني : أنه ليس حجة وإليه ذهب أكثر الحنفية .

وسبب الخلاف هو أن أصحاب الرأي الأول ، يقولون : إن موجب الوجود هو موجب البقاء ما لم يطرأ تغير .

وأصحاب الرأي الثاني يقولون : إن موجب البقاء غير موجب الوجود .

أدلة الرأيين :

استدل أصحاب الرأيين كل فريق على ما ذهب إليه بأدلة متعددة نكتفي بذكر دليلين منها لكل فريق تبين وجهة كل في النظر إلى الاستصحاب .

١ - استدل أصحاب الرأي الأول فقالوا :

أولاً : إن ما ثبت وجوده أو عدمه في الماضي ولم يطرأ ما يغيره فهو مظنون البقاء ضرورة وكل ما هو مظنون البقاء يجب العمل به ، لأن الأدلة قامت على وجوب العمل بالظن . وهذا مسلم .

وأما كونه مظنون البقاء ضرورة فلو جوه ثلاثة :

(١) لو لم يكن ما ثبت في الماضي مظنون البقاء ما لم يرد ما يغيره ،

لما ثبت معجزة النبي - صلى الله عليه وسلم - لأن المعجزة أمر خارق  
للعادة مقروناً بالتمجدي ولا تكون المعجزة خارقة للعادة إلا إذا كانت  
العادة متكررة ومستمرة لأن ذلك يجعل العادة إذا وقعت لا تقع إلا على  
هذا الوجه المستمر المتكرر ، وذلك متوقف على أن الأصل بقاء ما كان  
على ما كان . فلو تساوى بقاء العادة وعدمها لكان اعتقاد وقوع  
المعجزة على وجه خارق للعادة مساو لاعتقاد وقوعها غير خارقة  
للعادة فلا يتحقق كونها معجزة . وبقاء ما كان على ما كان عليه هو  
الاستصحاب .

(ب) لو لم يكن ما ثبت في الماضي مظنون البقاء لزم عدم ثبوت  
الأحكام الشرعية الثابتة في عهد رسول الله ﷺ بالنسبة إلينا  
ويكون بقاؤها مساو لعدم بقائها . ويكون الحكم ببقائها ترجيح من غير  
مرجح لولا استصحاب بقائها فالحكم بالاستصحاب في ذلك يدل على  
أنه حجة .

وأجيب عن هذا الوجه :

بأننا إذا علمنا أن الشارع حين شرع الأحكام كأنه قال : أوجب  
العمل بهذه الأحكام والشرائع وجوباً مستمراً إلى أن يطرأ تغير فيكون  
بقاء الأحكام منصوصاً عليه كأصل ثبوتها فلا حاجة أبداً إلى التمسك  
بالاستصحاب لأنه يلزم عليه أن تكون النصوص من الكتاب والسنة غير  
دالة على الأحكام لولا الاستصحاب وهذا لا يمكن أن يذهب إليه أحد .

(ج) لو لم يكن ما مضى مظنون البقاء لزم تساوى النكاح والطلاق عند  
الشك فيهما فيحل أو يحرم الوطء للزوجة عند الشك في النكاح والطلاق  
لتساويهما في عدم حصول الظن بما مضى من النكاح أو الطلاق .

ولكن الغمهاء فرقوا بين الأمرين فقالوا : يحل الوطء مع الشك في الطلاق ويحرم مع الهك في النكاح - أى العقد على المرأة .  
وذلك لأن الشك في النكاح شك في السبب والشك في السبب مؤثر في وجود المسبب فاستصحب الحالة التي كانت موجودة قبل الشك وهي عدم العقد عليها .

وأما الشك في الطلاق فشك في المانع ودوام الزوجية مظلون والشك في المانع لا يؤثر مع ذلك . فاستصحب الحالة الموجودة قبل الهك . ولو لم يعتبر الاستصحاب لزم استواء الأمرين في الحكم والإجماع على خلافه .

الدليل الثانى : أن العقلاء وأهل العرف إذا تحققوا من وجود شيء أو عدمه وله أحكام خاصة به فإنهم يجوزون القضاء والحكم به في المستقبل بعد زمان وجود ذلك الشيء .

كما أنهم يجوزون مراسلة من عرفوا حيانه وبقائه قبل المراسلة إليه بمدة ويشهدون بدين في الحال على من أقربه في الماضى ، ولو لا الاستصحاب وأن الأصل بقاء ما كان على ما كان لما ساغ لهم ذلك ، وهذا هو معنى الاستصحاب .

٢ - استدل أصحاب الرأى الثانى فقالوا :

الدليل الأول : إن الحكم الشرعى لا يثبت إلا بدليل شرعى والاستصحاب ليس دليلاً شرعياً فإثبات الحكم بالاستصحاب لإثبات له من غير دليل وهو باطل .

وأجيب عن هذا :

(١) بأن الحكم المستصحب إنما يحتاج إلى دليل في إثباته لإبتداء وأما في بقاءه فلا يحتاج إلى دليل ويكفى فيه الاستصحاب .

(ب) لو سلمنا أن بقاء الحكم يحتاج إلى دليل فانحصار الأدلة الشرعية في الكتاب والسنة والإجماع والقياس ممنوع لأن الاستصحاب دليل كما قدمنا .

الدليل الثاني : لو كان الاستصحاب معتبراً ويفيد بقاء ما ثبت في الماضي والحكم به في الزمن الحال لكانت بيئة المنكر أولى بالقبول من بيئة المدعى ، لأن بيئة المدعى مؤيدة باستصحاب البراءة الأصلية ، ولكن بيئة المنكر لا تقبل منه وقبولها باطل للاتفاق على قبول بيئة المدعى .

وأجيب عن هذا : بأن ما قلتموه يلزم لو تساوت البيئتان في تحصيل الظن ونأيدت بيئة المنكر بالبراءة الأصلية .

ولكن الأمر ليس كذلك لأن الظن يحصل ببيئة المدعى لا غير لأن غلط المدعى بظن شغل ذمة المدعى عليه بعيد .

وأما المدعى عليه وهو المنكر فلا يبعد غلطه بظن عدم وجود الحق في ذمته وشغلها به .

ومن ناحية أخرى فإن المدعى يدعى العلم بالوجود ، وذلك له طرق قطعية يثبت بها ، أما المنكر فيدعى عدم العلم بالوجود ، وعدم العلم ظني فترجحت بيئة المدعى على بيئة المنكر .

هذا وعلى القول بحجية الاستصحاب تقررت القواعد الآتية :

١ - اليقين لا يزول بالشك .

٢ - الأصل في الأشياء الإباحة ، ما لم يوجد دليل ناقل عنها :

٣ - الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه ما لم يطرأ مغير<sup>(١)</sup> .

وبعد هذا نقول : إن العرف الثابت يلتقى مع للقول بالاستصحاب  
لأنه أمر في شروط اعتبار العرف أن يكون قائماً عند إنشاء التصرف  
وأن لا يعارضه تصريح من المتعاقدين بخلافه ، أو يعارضه حكم شرعي .  
فإذا ما تعاقدا اثنان على أمر جرى العرف باعتباره فإن العرف يحكم بينهما  
عند التنازع ويستصحب للحكم به بينهما فيما تنازعا فيه .

وأما إذا اختلفا على خلاف ما جرى به العرف فإن العرف يكون قد  
عارضه تصريح بخلافه فلا يكون محكماً بينهما . ويحكم بما اتفق عليه لأن  
العقد شريعة المتعاقدين .

وقد قال الفقهاء : لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح .

### حادى عشر - العرف وسد الذرائع

السد في اللغة معناه : الحاجز والممانع .

والذريعة في اللغة : الوسيلة التي يتوصل بها إلى الشيء .

فسد الذرائع معناه : منعها ودفعها والحيلولة دونها .

ويقول القرافى : سد الذرائع معناه حسم مادة وسائل الفساد  
دفعاً لها .

---

(١) يراجع في هذا البحث : الأحكام للامدى ج ٤ من ١٧٢ ط المعارف وشرح الأسنوى  
على المنهاج ج ٣ وشرح الإبهاج على المنهاج لابن السبكي ج ٣ وأصول الفقه للشيخ طه  
عبد الله السبكي ص ١٩٥٧ وما تقدم في شروط اعتبار العرف ، وما يأتي في العرف  
وقواعد الفقه .

والدفع : هو منع التأثير مما تؤدي إليه لولا ذلك الدافع .

وقبل أن نتكلم على ما قصدنا إليه هنا ننبه إلى أمور ثلاثة :

الأمر الأول : في الفرق بين المقدمة ، والذريعة .

بالنسبة للمقدمة اتفق الفقهاء على أن مقدمة الشيء تأخذ حكمه ، لأنها يتوقف عليها وجود ذلك الشيء ، وإن كانوا قد اختلفوا في دليل حكم المقدمة هل هو مستفاد من دليل الحكم الأصل الذي هي مقدمة ، أو حكمها مستفاد من دلائل آخر .

وأما الذريعة ، فإن فيها معنى التوصل والإفضاء إلى المقصود بالحكم ، وذلك نجد أن الفرق بينهما هو أن المقدمة الملحوظ فيها توقف الشيء عليها ، والوسيلة الملحوظ فيها التوصل إلى المقصود .

الأمر الثاني : لا يلزم في الذريعة التي يتوصل بها إلى ما فيه مفسدة أن يكون وجود تلك المفسدة متوقفاً عليها ، بل قد يتوصل إلى هذه المفسدة بغير تلك الذريعة مثل قوله تعالى « ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن » .

فالضرب بالأرجل من المرأة ذات الخلاخيل لا يتوقف عليه مفسدة افتتان الرجل بالمرأة ، لكنه ذريعة إلى تلك المفسدة لأن من شأنه أن يجر إليها .

الأمر الثالث : من فعل الذريعة المؤدية إلى المفسدة قاصداً بها ما تؤدي إليه وتختلف مقصوده لمانع ، فإن هذا المانع لا يرفع الإثم عن فاعل الذريعة لأنه منوط بفعلها مع العلم بأنها تؤدي إلى الفساد ، سواء وقع الفساد من فاعل الذريعة أو غيره ، كمن تناول إنساناً سكيناً ليقتل بها بريء ،

أو يدل ظالماً على برىء وهو يعلم أنه سيؤذيه ، فلو امتنع القتل بالمسكين أو عفا الظالم عن البرىء فإن من حدث منه المناولة للمسكين أو دلالة الظالم على مكان البرىء لا يرفع عنه الإثم لأن كلا منهما يعلم أن ما فعله يؤدي إلى فساد (١) .

### تقسيم الوسائل « الدرائع »

قسم القرافى والشاطبى من المالكية وابن القيم من الحنابلة الوسائل أقساماً متعددة وما ذكره كل منهم يقرب عما ذكره الآخر .

#### أولاً : تقسيم القرافى :

١ - قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه ، كحفر الآبار في طريق المسلمين فإنه وسيلة إلى إهلاكهم ، وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم ، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب إله الناس أجمعين لقوله تعالى : « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم » .

٢ - وقسم أجمعت الأمة على أنه ليس بمنوعاً وهو وسيلة لا تسد ولا تحسم ، كالمنع من زراعة العنب خشية اتخاذ خمرأ ، فإنه لم يقل أحد بمنعه لمجرد الظن بأنه قد يتخذ خمرأ ، وكالمجاورة في البيوت خشية الرنا لم يقل أحد بمنعه .

٣ - وقسم اختلف العلماء فيه هو يسد أو لا يسد كالبيع المؤدية إلى الربا والنظر إلى النساء هل يحرم لأنه يؤدي إلى الرنا أو لا يحرم ، وحكم القاضى بعلمه ، هل يحرم لأنه وسيلة للقضاء بالباطل من قضاة

---

(١) يراجع رسائل الإصلاح للشيخ محمد خضر حسين ج ٣ ص ٥٥ ط القدس ، والسياسة

المصرية للشيخ عبد الرحمن تاج ص ٦٨

السوء أو لا يحرم ، وغير ذلك من الوسائل التي قد تؤدي الى ما هو  
ممنوع شرهاً (١) ،

ثانياً — نفيم ابن القيم للوسائل :

١ — أن يكون وضعها مؤدياً الى المفساد كحرب المسكر المؤدى الى  
السكر ، والقذف المؤدى الى مفسدة الغربة والزنا المؤدى الى اختلاط  
المياه ، وفساد الفرس ، ونحو ذلك فهذه أقوال وأفعال وضعت مؤدية لهذه  
المفاسد وليس لها ظاهر غيرها .

٢ — أن تكون الوسيلة موضوعة للإفضاء الى أمر جائز أو مستحب  
فيقصد به التوصل الى المفسدة كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل — أى  
تحليل المطلق ثلاثاً — ليعود بعده الى الزوج الأول ، أو يعقد عقد البيع  
قاصداً به الربا .

٣ — أن تكون الوسيلة موضوعة للباح ولم يقصد بها التوصل الى  
المفسدة ولكن مفسدتها أرجح من مصلحتها لأنها تؤدي الى المفسدة غالباً  
كمن يسب آلهة المشركين بين أظهرهم ، وتزين المتوفى عنها زوجها أيام  
العدة ، ونحو ذلك .

٤ — أن تكون الوسيلة موضوعة للمباح ، ولكنها قد تفضي الى  
المفسدة ومصلحتها أرجح من مفسدتها ، ومثاله نظر الخاطب الى مخطوبته ،  
والتي طلب زواجها ، والمفسود عليها ، وكلية الحق عند سلطان جائر ، اهـ .  
ثم ذكر ابن القيم أن القسم الأول جاءت الشريعة بمنعه كراهة أو

---

(١) يراجع الفروق لأقراى ج ٢ ص ٣٠ ، ج ٣ ص ٢٦٦ وشرح تنقيح الفصول له  
أيضاً ص ١١٧



تحريراً بحسب درجاته في المفسدة وجاءت الشريعة بإباحة القسم الرابع وإيجابه أو استجابته بحسب درجاته في المصاحبة وهذان القسمان في غير حاجة إلى دليل عليهما .

وأما القسمان الثالث والرابع :

فكلهما ممنوع لأن ما يقصد به التوصل إلى المفسدة ممنوع وما يؤدي إليها ممنوع كذلك لأن الشريعة الإسلامية تعمل على جلب الصالح ومعدية المفساد . وقد استدلل ابن القيم على ذلك بأدلة كثيرة بلغت تسعة وتسعين وجهاً من وجوه الأدلة<sup>(١)</sup> .

ويقول الشاطبي :

« إن قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده — أي الشارع — في التشريع ، ودليل ذلك ظاهر من وضع الشريعة إذ أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم ، والمطلوب من المكلف أن يجرى ذلك في أفعاله ، وأن لا يقصد خلاف ما يقصده الشارع ، ولأن المكلف خلق لعبادة الله تعالى ، وذلك راجع إلى العمل على وفق القصد من وضع الشريعة — هذا محصول العبادة — فينال بذلك الجراء في الدنيا والآخرة ، اهـ<sup>(٢)</sup> . »

ويقول أيضاً : إن الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعمادات ، اهـ .

---

(١) إعلام الموقعين ج ٣ ص ١٣٦

(٢) الموافقات ص ٣٢٣ و ص ٣٣١

يقول الشيخ محمد الخضر حسين (١) :

« ولا تختص الذرائع التي يجب سدها بالأفعال ، بل يعد في قبيلها ترك الأفعال التي تحمى بها نفوس أو أموال ، فمن وجد رضيعاً بمكان خال ، وتركه بحاله ، وهو قادر على إنقاذه عالم بأن تركه يفضي إلى موته ، فأتى تركه للطفل في موضع التهامكه جريمة ، إذا كان من وسائل الفساد التي يجب سدها ومعاقبة من يرتكبها .

ثم قال : وجاء في فتاوى الفقهاء : أن من منع فضل مائه مسافراً وهو هام أنه لا يحل له منعه وأنه يموت إن لم يسقه فأتى حقت عليه عقوبة القصاص . وكذلك الحارس ينال اختياراً في غير الوقت الذي اعتاد فيه النوم ، فيضيق شيء مما أقيم لحراسته فإنه يضمن ما ضاع ، وليس نومه إلا تركاً للحراسة ، وكان هذا الترك وسيلة إلى ضياع المال ، اهـ .

العرف وسد الذرائع :

بعد الذي تقدم أقول إن العرف الذي يؤدي إلى الفساد يجب سده وحسمه لأنه إذا أدى إلى الفساد كان غير معتبر شرعاً ، كما تقدم في العرف الفاسد — وعلى ذوي الرأي والفكر والمسئولية في المجتمع توجيه الناس ما هو صالح لهم وترك ما هو فاسد أو يكون ذريعة ووسيلة إلى الفساد فيضيق الناس والمجتمع بعد ذلك ، وهذا يخالف ما تقصده الشريعة الإسلامية من تحقيق مصالح الناس ودفع المفاسد عنهم ، لأن الشريعة إذا لم تعتبر المقصد لفساده لم تعتبر الوسيلة المؤدية إليه وفي ذلك يقول الفقهاء :

وكلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة فإنها تتبع له ، (١) .

هنا وقد تقدم في بحث د العرف والمصلحة ، أن العرف الذي يحقق المصلحة التي يقرها الشارع يكون عرفاً معتبراً شرعاً .

يقول القرافي : د إن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها ، (٢) .

فلبست كل ذريعة ممنوعة بل الممنوع ما أدى إلى المفسدة وما أدى إلى المصلحة لا يكون ممنوعاً بل ينظر إلى الذريعة باعتبار ما تؤدي إليه من مصلحة أو مفسدة قبل الحكم بسدها أو فتحها .

منزلة سد الذرائع في الشريعة الإسلامية :

أر لا - يقول ابن القيم في هذا : في آخر حديثه عن سد الذرائع :

« وباب سد الذرائع أحد أرباع التكليف : فإنه - أي التكليف أمر ونهي .

والأمر نوعان :

أحدهما : مقصود لنفسه ، والثاني : وسيلة إلى المقصود .

والنهي نوعان :

أحدهما : أن يكون المنهى عنه مفسدة في نفسه .

والثاني : ما يكون وسيلة إلى المفسدة .

فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين ، (٣) .

---

(١) (٢ ، ١) الفروق ج ٢ ص ٣١

(٣) إعلام الموقعين ج ٣ ص ١٥٩

ثانياً : يقول الشيخ محمد الحضر حسين - رحمه الله :

« إن الشريعة الإسلامية قد بنت كثيراً من أحكامها المنطوق بها في الكتاب والسنة على رعاية سد الذرائع ، وقد استخلص الفقهاء من هذه الأحكام الكثيرة أن من أصول الشريعة سد ذرائع الفساد ، واستمدوا من هذا الأصل أحكاماً حالوا بها بين الناس ، وبين ما يفضى إلى كثير من مواقع الفساد ، فقاعدة سد الذرائع قاعدة محكمة ، وفيها شاهد واضح على أن للشرع الإسلامي صالح لكل زمان ومكان . أه (١) .

---

(١) رسائل الإصلاح ج ٣ ص ٦٢ وبإرجاع كتابي « مالك » و « أحمد بن حنبل » للشيخ محمد أبو زهرة في حديثه عن سد الذرائع .



# الباب الخامس

## في العرف وقواعد الفقه

ويشمل الآتي :

- ١ - تعريف القواعد الفقهية .
  - ٢ - كيفية تقييد القاعدة الفقهية .
  - ٣ - ورود الاستثناء على القواعد الفقهية .
  - ٤ - أثر العرف في قواعد الفقه إجمالاً .
  - ٥ - قاعدة العرف « العادة محكمة » ،  
وما تفرع عليها من قواعد .
  - ٦ - القواعد التي يمكن أن يرد العرف إليها .  
( أ ) قاعدة الأمور بمقاصدها .  
( ب ) قاعدة اليقين لا يزول بالشك .  
( ج ) قاعدة « المشقة تجلب التيسير » .  
( د ) قاعدة الضرر يزال .  
( هـ ) قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة .
  - ٧ - هل أنشأ العرف قاعدة فقهية ؟
  - ٨ - مجال القاعدة التي أنشأها إجمالاً .
  - ٩ - مجال هذه القاعدة في أبواب الفقه المختلفة ، ونذكر بعض المسائل الفقهية للدلالة على ذلك على سبيل المثال لا الحصر .
- ( ٢٨ - أثر العرف )

## أولاً : تعريف القواعد الفقهية

(١) القاعدة في اللغة : الأساس ، وقاعدة كل شيء أساسه ، وقواعد البيت أسسه التي يرتفع بناؤه عليها قال تعالى « ولذا يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل » .

(ب) تعريف القواعد في الاصطلاح :

١ — عرفها الحموى في شرح الأشباه وللنظار لابن نجيم فقال :

« القاعدة حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته » (١).

٢ — عرفها صاحب منافع الدقائق شرح بجامع الحقائق فقال :

« وأما في الاصطلاح فالحكم كلى ينطبق على جميع جزئياته ليعترف بها أحكام الجزئيات والتي تندرج تحتها من الحكم الكلى ،

ثم قال : قيل : هذا عند الفقهاء وأما عند غيرهم :

فالحكم أكثرى ينطبق على أكثر جزئياته » (٢).

٣ — عرفها الأستاذ مصطفى الزرقا فقال :

« القواعد الفقهية : أصول فقهية كلية في نصوص دستورية موجزة تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها » (٣).

---

(١) شرح الحموى على الأشباه ج ١ ص ٤

(٢) منافع الدقائق للسيد مصطفى بن السيد محمد الكور الحصارى شرح بجامع الحقائق

لابن سعيد الحادى ص ٣٠٥

(٣) للدخل الفقهى العام ص ٩٣٣

وتعريف الحموى والتعريف الثانى الذى ذكره صاحب المنافع يجعلها  
أغلبية أو أكثرية . وتعريف صاحب المنافع الأول يجعلها كلية ،  
وتعريف الزرقا يكاد ينفق معه .

وتعريف الحموى هو الراجح لأن قواعد الفقه الكلية وكما شاع فى  
الإطلاق عليها ، كغير ما يدخل عليها الاستثناء .

وعلى هذا فيكون مراد صاحب المنافع فى تعريفه الأول والورقا  
فى تعريفه : أن شأن القاعدة أن تكون كلية لو لم يعارضها معارض فى  
جزئى خاص . وذلك هو ما أشار إليه الأستاذ للزرقا — كما سيأتى بعد  
قليل .

وقواعد الفقه تدرج تحت كل قاعدة منها فروع كثيرة متناثرة فى  
مختلف أبواب الفقه ، وهى تتميز بالإيجاز فى العبارة وصقل الصياغة  
والإستيعاب الواسع للفروع ، وقد وضع الفقهاء قواعد الفقه ذات  
صياغة محكمة يدخل تحتها مسائل كثيرة لتراعى فى تخرج أحكام الحوادث  
التي تتعلق بموضوع فقهى له صلة بالقاعدة .

وهذه القواعد لا تخلو كل قاعدة منها من استثناء يرد عليها فقياس  
القاعدة يقضى بتطبيق حكمها على هذا الفرع ، وقد يقتضى الاستحسان  
دخول هذا الفرع تحت قاعدة أخرى لتحقيق مصلحة أو منع مفسدة  
أو دفع الحرج .

يقول صاحب تهذيب الفروق نقلا عن العلامة الأمير :

« ومن المعلوم أن أغلب قواعد الفقه أغلبية ، اهـ (١) . »



ولذا قل الفقهاء « العبرة بالغالب الشائع لا للقليل النادر » (١).

ومعنى ذلك أن القاعدة غير مطردة لأنها إنما تصور المبدأ الذى يعبر عن المنهج العام فى حلول القضايا وترتيب أحكامها فإذا ما عارضها معارض فى جزئى من جزئياتها فهذا لا يمنع من الأخذ بها ما بقيت قاعدة فى الجملة .. وفى العرف والقياس تبين كيف يرد الاستثناء على القاعدة بالتفصيل كما تقدم .

وفى مقدمة مجلة الأحكام العدلية نجد أنها لم تسوغ للقاضى الاختصار فى الأحكام استناداً على القواعد التى جاءت فى المجلة دون نص آخر خاص أو عام يشمل بعمومه الحادثة المقضى فيها لأن القواعد الفقهية على ما لها من قيمة واعتبار هى كثيرة المستثنيات فهى ليست نصوصاً ملزمة للقضاء وإنما هى دسائير للفقهاء .

ويقول الأستاذ مصطفى الزرقا (٢) :

« وكون هذه القواعد أغلبية لا يغض من قيمتها وعظيم موقعها فى الفقه وقوة أثرها فى الفقه ، فإن فى هذه القواعد تصوراً بارعاً وتنويراً رائعاً للمبادئ والمقررات الفقهية العامة وكشفاً لآفاقها ومسالكها النظرية ، وضبطاً لفروع الأحكام العملية بوضوابط تبين فى كل زمرة من هذه الفروع وحدة المناط وجهة الارتباط برابطة تجمعها وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها ، ولولا هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً مهتدة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها فى الأفكار وتبرز فيها العلل الجامعة وتعين اتجاهاتها التشريعية وتمهد بينها طريق المقايسة والمجانسة ، اهـ .

(١) المنافع ص ٢٢٥ والمادة (٣٩) من مجلة الأحكام العدلية :

(٢) المجلد الفقهى العام ج ١ ص ٩٣٥

ويتحدث الإمام القرافي عن قواعد الفقه وموقعها من أصول الشريعة وأهميتها بالنسبة للفقه والفقهاء الذين يعنون باستنباط الأحكام الشرعية فيقول (١) :

« إن الشريعة المعظمة المحمدية — زاد الله تعالى منارها شرفاً وعلواً — اشتملت على أصول وفروع وأصولها قسمان (أحدهما) المسمى بأصول الفقه وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة وما يمرض لتلك الألفاظ . . ونحو الأمر للوجوب والنهي للتحريم ، والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك وما خرج عن هذا النمط إلا كون القياس حجة وخبراً لواحد وصفات المجتهدين ، .

(والقسم الثاني) قواعد فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه وإن انفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجمال .

ثم قال : « وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف ، وتتضح مناهج الفتاوى ، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تنهاى ومن ضبط الفقه بقواعده ، استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكلمات واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب وأجاب الشاسع البعيد وتقارب ، ٥١ .

وذكر صاحب تهذيب الفروق عن ابن دقيق العيد ، أن استنباط

(١) الفروق ج ١ ص ٢ — ٣

أحكام الفروع من قواعد أصول الفقه غير مختصة في الفروع ولا يطردها تخرجها على القواعد الأصولية ، اهـ .

هذا وقد عني فقهاء المسلمين بهذا النوع من القواعد دراسة وتأليفاً لما يترتب عليها من تيسير الفروع ، وقد عرفت القواعد في عصر الأئمة المجتهدين تدريجاً على أيدي كبار الفقهاء وأهل التخرج والترجيح أخذاً من دلالات النصوص ، وما تفيدته على الأحكام ولا يعرف لكل قاعدة واضح معين إلا ما كان منها نص حديث نبوي كحديث د لا ضرر ولا ضرار ،<sup>(١)</sup> فهو أصل قاعدة الضرر يزال مثلاً .

وما قاله عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - فيما أخرجه سعيد ابن منصور قال : حدثنا أبو الأحوص عن أبي إسحاق عن البراء بن عازب قال ، قال عمر بن الخطاب - رضى الله عنه :

« إني أنزلت نفسي بمنزلة ولى اليتيم إن احتججت أخذت منه فإذا أسرت رددته فإن استغنيت استغنيت » .

وقد أخذ الإمام الشافعى - رضى الله عنه - ذلك المعنى فقال « منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم » ثم جعل الفقهاء ذلك نصاً لقاعدة تصرف الإمام على الرعية منوطاً بالمصلحة ، اهـ .

ومعظم القواعد اكتسبت صيغتها الأخيرة عن طريق التداول والصقل على أيدي فتهاء المذاهب في مجال التعليل والاستدلال والضبط ، فقد كانت تعليقات الأحكام الفقهية الاجتهادية ومسالك العمل والنظر في الألفية بين الأصل والفرع لها مجال كبير في تفصيل هذه القواعد

---

(١) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ورواه الإمام أحمد في المسند والحاكم في المستدرک وغيرهم .

والإحكام صيغها بعد استقرار المذاهب وانصراف أتباعها إلى التحرير والصقل وترتيب الأصول والأدلة التي استعدروا منها الضوابط الفقهية والقواعد الكلية حتى أصبحت القواعد ذات شمول واسع في الأحكام التي تتناول جزئيات القاعدة .

وقد عني الفقهاء بتأليف الكتب في قواعد الفقه على مر العصور .

وعظم هذه الكتب لا تتضمن القواعد بالمعنى الذي ذكره الفقهاء في التعريفات المقدمة وكان لكل منها منهاجه في صياغة الموضوع أو القاعدة التي يتحدث عنها وقبل الحديث عما يتعلق بالعرف من هذه القواعد لابد من الإشارة باختصار إلى منهاج أشهر الكتب المؤلفة في قواعد الفقه (١) .

(١) « لقد كتب كثير من الفقهاء في قواعد الفقه ابتداء من القرن الثالث الهجري إلى القرن الرابع عشر وقد ظهرت في هذه الفترة كتب كثيرة في القواعد ذات قائمة كبيرة فذكر منها الآتي :

- ١ — أبو طاهر الدباس في القرن الثالث الهجري فقد جمع نحو سبعة عشر قاعدة .
- ٢ — أبو الحسن الكرخي المعاصر للدباس والمتوفى سنة ٣٤٠ هـ وقد وضع قواعده في رسالته المسماة « رسالة في الأصول التي عليها مدار فروع فقه الحنفية » وهي ليست قواعد بالمعنى المفهوم وإنما هي أشبه بأفكار توجيهية لعلماء المذهب الحنفي وقد زاد على ما أخذه عن الدباس ووصل به إلى سبعم وثلاثين قاعدة .
- ٣ — وفي القرن الخامس وضع أبو زيد الدبوس المتوفى سنة ٣٤٠ هـ كتابه « تأسيس النظر » وفيه ستاً وعشرين قاعدة ، وقد عده علماء الأخناف كتاب أصول لأنه يذكر قواعده تحت كلمة « أصل » فيقول مثلاً « القول في ذكر أصل بن علي عليه مسائل » ثم يشير إلى القاعدة أو الأصل وبين الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه أو بينه وبين غيره من الأئمة ، وقد ذكر ابن خلكان ، في وفيات الأعيان « أن الدبوس أول من وضع علم الخلاف بين الفقهاء وجعله علماً مستقلاً » .

٤ — وفي القرن الخامس أيضاً وضع القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادى المالكي كتاباً سماه « المجموع والفروق » ذكره تلميذه مسلم بن علي الدمشقي في كتابه « الفروق » الذي توجد منه نسخة مخطوطة في مكتبته جامع الزيتونة الأعظم بتونس .

٥ — وفي القرن السابع وضع عز الدين بن عبد السلام من فقهاء الشافعية — المتوفى سنة ٦٦٠ هـ كتابه « قواعد الأحكام في مصالح الأناس » كما وضع تلميذه شهاب الدين أحمد ابن ادريس القرافي المتوفى سنة ٦٨٤ هـ كتابه الفروق .

٦ — وفي أول القرن الثامن وضع ابن تيمية كتابه « القواعد النورانية الفقهية » وطبع لأول مرة سنة ١٣٧٠ هـ وهو يشبه بقواعد المزين عبد السلام ، وإن كان أقرب إلى كتب الفقه منه إلى كتب القواعد فيقول مثلاً « فصل وأما العقود والعمليات المالية والنكاحية وغيرها فنذكر منها قواعد جامعة عظيمة المنفعة » ثم يذكر الأقوال التي جاءت في صيغ العقود وآراء المذاهب فيها . . وقد ولد ابن تيمية سنة ٦٦١ وتوفى ٧٢٨ هـ .

٧ — وفي القرن الثامن وضع تقي الدين السبكي كتابه في القواعد وقد توفى سنة ٧٥٦ هـ وجاء بعده بدر الدين الزركشي المتوفى سنة ٧٩٤ هـ ووضع كتابه « الدر المنثور في ترتيب القواعد الفقهية » مخطوط . ووضع ابن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ كتاب « القواعد الفقهية » .

٨ — وضع السيوطي المتوفى أول القرن العاشر سنة ٩١١ هـ كتابه « الأشباه والنظائر » على غرار كتاب السبكي . وفيه خمس قواعد أساسية كالأركان في المذاهب الفقهية ثم أربعون قاعدة أقل في شمولها ثم عشرون قاعدة أتبعها بجملة من الأحكام المتفرقة تتخللها مسائل وضوابط أو قواعد تتعلق بها . ووضع بعده ابن نجيم كتابه « الأشباه والنظائر » وزاد على القواعد الخمس التي فكرها السيوطي قاعدة سادسة وهي « لا ثواب إلا بالنية » . . وإن كانت من فروع قاعدة « الأمور بقااصدها » . ثم ذكر تسعة عشر قاعدة أخرى في موضوعات مختلفة أقل اتساعاً وشمولاً يتفرع عنها بعض الضوابط والقواعد الفرعية .

٩ — وفي منتصف القرن الثامن عشر وضع أبو سعيد الحادى المتوفى سنة ١١٥٤ هـ كتابه « مجامع الحقائق » وسرد في خاتمه أربعاً وخمسين ومائة قاعدة ، وقد تبع الزركشي في ترتيب قواعده على حروف المعجم وقد جاءت قواعده متداخلة ومترادفة كما أتى بعضها بمثابة التعليل والتوجيه على غرار ما فعل السكرخي . وقد أخذ معظم قواعده من أشباه ابن نجيم . وأضاف إليه ما أكل به قواعده .

١٠ — وفي سنة ١٢٨٦ هـ جاءت مجلة الأحكام العدلية فذكرت في أولها تسعة وتسعين قاعدة أو « مادة » وفي عهد السلطان عبد الحميد وضع مفتي دمشق الشيخ محمود حمزة كتابه « الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية » جمع فيه ما تركته المجلة موضحاً بالأمثلة والأحكام الأساسية ثم وضع محمد الشطي في مقدمة « توفيق النظامية » مائتي قاعدة وقليل منها هو الذي يشبه القواعد بالمعنى المذكور . وليس فيما ذكرناه حصراً لكتب القواعد وإنما هو عرض لبعض هذه الكتب التي ألقت في القواعد ، وتوجد هناك كتب أخرى مؤلفة في هذا الفن وإن كان أغلبها ما زال مخطوطاً .

أولاً — الأشباه والنظائر للسيوطي وابن نجيم وجامع الحقائق ومجمل الأحكام العدلية وضعت قواعدها ذات صياغة محكمة وثابتة أما مجمل الأحكام العدلية فقواعدها ذات صياغة فنية تشريعية ينطبق عليها معنى التعريف المتقدم أكثر من غيرها . وقد أكثر السيوطي وابن نجيم من التفريع على القواعد في أبواب الفقه المختلفة .

ثانياً — كتاب قواعد الأحكام لعز الدين بن عبد السلام يضع الموضوع الفقهى عنواناً لفصل ثم يقسم الأحكام المتعلقة به ، وأحياناً يذكر قاعدة من القواعد ثم يتبعها ببعض المسائل والفروع .

ثالثاً — كتاب الفروق للقرافي وقد بين في المقدمة سبب تأليفه وهو أهمية قواعد الفقه بالنسبة للفقيه ، وقد سار فيه على منهاج يبين الأحكام الأساسية في الموضوعات الفقهية الكبرى فهو يعرض للفرق في مواضع الاشتباه كما يقول : الفرق بين « قاعدة الخبر والانشاء » والفرق بين قاعدة « العرف القولي والعرف الفعلي » والكتاب في مناهجه وموضوعه جليل وعظيم وقد ذكر فيه خمسمائة وثمانية وأربعين قاعدة .

رابعاً — قواعد ابن رجب الحنبلي ، فهو يذكر كلمة « قاعدة » ثم يذكر موضوعاً فقهياً يتناول بالشرح والتفصيل ولذا فقواعده ليست ذات نصوص عامة بل تدل في جملتها على مسائل جزئية أو مسائل ذات فروع .

### ثانياً : كيفية تقييد القاعدة الفقهية

ذكر الإمام الشافعي — رضي الله عنه — في الرسالة ما يبين لنا ذلك في حديثه عن بيان تحمل الإنسان نتيجة الخطأ الذي يقع منه .

ثم جاءت الهدية في القتل الخطأ استثناء من هذه القاعدة التي دل عليها الكتاب والسنة والإجماع والقياس وهو أنه :

« إذا جنى إنسان على بهيمة أو متاع تحمل نتيجة خطئه ولا يتحملها غيره . . »

ولكن السنة المطهرة استثنت الدية في القتل الخطأ من هذه القاعدة مراعاة للعرف في تحمل العاقلة الدية عن الجاني في ذلك الموضع لقيام التناصر بين أفرادها — كما ذكرنا في العرف والقياس فيما تقدم .

قال الإمام الشافعي رضي الله عنه . .

« وقضى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — بالدية في الحر المسلم يقتل خطأ مائة من الإبل وقضى بها على العاقلة . . . وكان العمدي يخالف الخطأ في القود والمأثم ويوافقه في أنه قد يكون فيه دية فلما كان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ، في كل امرئ فيما أزمه إنما هو في ماله دون مال غيره إلا في الحر المسلم يقتل خطأ قضينا على العاقلة في الحر يقتل خطأ بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وجعلنا الحر يقتل عمداً إذا كانت فيه دية في مال الجاني كما كان كل ما جنى في ماله غير الخطأ ولم نفقس مالزمه من غير غرم بغير جراح خطأ على مالزمه يقتل الخطأ .

ثم يذكر القاعدة الفقهية في ذلك فيقول :

« والقياس فيمن جنى على بهيمة أو متاع أو غيره على ما وصفت أن ذلك في ماله لأن الأكثر أن ما جنى في ماله فلا يقال على الأقل — أى تحمل العاقلة في الدية ويترك الأكثر المعروف . ويخص الرجل بقتل الحر خطأ فتعلقه العاقلة وما كان من جنائيه على نفس خبراً وقياساً ، (١) .

وتفصيل ذلك أن القاعدة التي ذكرها الإمام الشافعي — رضي الله

عنه — وغيره من الفقهاء هي : أن « الجهادي يتحمل نتيجة جنائية ، أو اختصاص كل متلف أو متعد أو ملتزم بالضمان » (١).

وقد جاء في الاستدلال على هذه القاعدة قوله تعالى :

« وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » (٢) وقوله تعالى « ومن قتلته منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم » (٣) وقوله تعالى « ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى » (٤).

ففي الآية الأولى : أوجب الله تعالى الصدق على الزوج وأمره أن يعطيه للزوجة لأنه حق مقروض لها بالدخول سواء سمي في العقد أو لم يسم ، وقد كان الرجل في الجاهلية يتزوج بلا مهر أحياناً ، أو كان ذلك بعض أنواع النكاح ويقول للزوجة « أراك وترثيني » فتقول الزوجة : نعم . فأمروا أن يسرعوا إلى إبتاء المهور للزوجات ، ولا يأخذن ولى الزوجة مهرها دونها ..

قال السيوطي في أسباب النزول (٥) :

وذكر فيما أخرجه ابن حميد وابن أبي حاتم عن أبي صالح قال :

« كان الرجل إذا زوج أيما أخذ صداقها دونها فنهاهم الله عن ذلك ونزلت « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » .

(١) البرهان لإمام الحرمين ص ٢٨٧ . مخطوط بمكتبة الأزهر .

(٢) سورة النساء — ٤

(٣) سورة المائدة ٩٥

(٤) سورة الأنعام ١٦٤

(٥) ص ٤٨



والآية الثانية : تقتضى ترتيب الجزاء على تعدى المرء على ما نهى الله تعالى عنه من قتل الصيد وهو محرم بالحج في داخل الحرم وخارجه كما أفادت ذلك بقية الآيات ، وهو أن الإنسان يتحمل وزره ولا يتحمل وزر غيره .

وذكر الإمام الشافعى — رضى الله عنه — فى الرسالة د أن النبي ﷺ قضى أن على أهل الأموال حفظها بالنهار وما أفسدت المواشى بالليل فهو ضامن على أهلها ، ،

وغير ذلك من الآيات والأحاديث التى جاءت بإلزام كل إنسان نتيجة عمله واختصاصه بالضمان أفاد مجموع هذه الأحكام التى أخذت منها هذه القاعدة والى دل عليها قوله صلى الله عليه وسلم لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه ، ، ثم شرعت الدية فى القتل الخطأ على عاقلة الجانى وخرج الحكم فيها عن القاعدة اعتباراً للعرف الذى كان قائماً فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو حمل العاقلة للدية فى القتل الخطأ . وجاءت أقوال الفقهاء وأجمعت الآثار الواردة فى ذلك على أن العاقلة تحمل الدية كما هو معروف عند العرب وأقره الإسلام ، وقد روى فى الصحيحين عن أبى هريرة رضى الله عنه :

د أن امرأتين اقتتلتا فحذفت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن دية جنيها غرة وأمة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها — أى الضاربة — وفى رواية أن العقل على عصبتها ، (١) .

(١) تقدم الحديث عن الدية ( فى العرف والإجماع ) .

ولإيجاب الشارع الدية على عاقلة الجاني في القتل الخطأ ليس مخالفاً في الحقيقة لنظرية مسئولية الجنائية لا يتحمها غير الجاني ، لأن وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطأ واشترائها في تحملها من باب الإعانة ، ودفع الضرر عن القاتل لما كان خطأ غير مقصود ولا متعمد يندرج فيه القاتل حيث أنه لم يتعد فعل الجريمة ولم يقصد ارتكاب الإثم ، لأن القتل الخطأ هو المحتمل وقوعه بين المسلمين سواء في دار الإسلام . أو في غيرها . قال الله تعالى : وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ، فهذا هو الاحتمال الوحيد لأن وجود مسلم إلى جوار مسلم نعمة كبيرة وعظيمة جداً ومن العسير تصور أن يقدم مسلم على إزالة هذه النعمة عنه والإقدام على هذه الكبيرة عن عمد وقصد فإذا ما حدث ذلك وأقدم على قتله عمداً فجزاؤه أن يقتل مثله .

أما إذا وقع القتل خطأ ووجببت الدية في مال الجاني أصابه ضرر بليغ من غير ذنب تعمده فيؤخذ تجب الدية على العاقلة ، ولا يترك دم القاتل يضيع هدرأ وبدون تعويض لأن في ذلك إضرار بمن كان يعولهم ويقوم بأودهم من أولاده وأسرتة ، كذلك في الدية تسكين لثائرة النفوس وشراء لخواطر المفجوعين وتعويض لهم عن بعض ما فقدوه من نفع المقتول .

وقد اقتضت حكمة الشريعة الإسلامية إيجاب الدية في القتل الخطأ على من عليهم نهرة الجاني والدفاع عنه وحمايته بحسب العرف والعادة الجارية بين الناس إعانة له ودفعاً للضرر عنه الذي ينزل به لو تحمل الدية كلها .

### ثالثا : ورود الاستثناء على القواعد الفقهية

بعد أن تبين كيفية تعبيد القاعدة الفقهية تبين كيف يرد عليها الاستثناء فنقول : يذكر الفقهاء : أن في الشريعة الإسلامية قواعد عامة وعلا فقهية قد طرأ عليها الاستثناء في مواضع بخافة لهذه القواعد أو مواضع لا تحل ، وهذا في مستثنى الشارع والمستثنى لا يقاس عليه .

ويقول إمام الحرمين في مثال الدية المذكورة :

« إن تحمل المعاقلة الدية خارج عن القاعدة التي هي اختصاص كل متلف أو متعد أو ملتزم بالضمان . . . وهي في مستثنى الشارع والمستثنى لا يقاس عليه ، وكأنه منقطع عن كثير الشريعة ولا يعتبر شيء منه ولا يعترض به على شيء فهذا سبيل إجرائها » (١).

فالاستثناء من القواعد العامة هو لتحقيق مصلحة أو دفع مفسدة لأن الله تعالى شرع لعباده ما يحقق مصالحهم العاجلة والآجلة وجاءت أحكام الشريعة تجمع كل مجموعة منها قاعدة عامة معللة بعلة واحدة ، ثم استثنى منها ما في الأخذ به وملاسته مشقة وخرج أو مفسدة تربو على تلك المصالح . وكذلك شرع الله تعالى لعباده ما به درء المفساد في الدنيا والآخرة أو في أحدهما وتجمع كل قاعدة منها علة واحدة استثنى منها ما في اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تربو على تلك المفساد — رحمة من الله تعالى لعباده .

ويصرح العز بن عبد السلام : بأن ترك القياس من المستثنيات من القواعد العامة تحصيلها للمصالح وما استثنى من قاعدة عامة لتحقيق مصلحة

أو دفع مفسدة في كل ما جاءت به الشريعة يعبر عنه بما خالف القياس (١) .  
« وإذا باع ثمرة قد بدأ صلاحها فإنه يجب إبقاؤها إلى أوان جذاذها  
والتسكن من سقيها بماثها لأن هذين مشروطان بالعرف فصارا كمالو شرطهما  
بافظة . . فإن قيل لو باع ماشية وشرط سقيها أو علفها على البائع أو شرط  
إبقائها في ملك البائع مدة ، فإن ذلك لا يصح فلم يصح هذا الاشتراط هنا ،  
قلنا : لأن الحاجة ماسة إليه وحاملة عليه ، فكان من المستثنيات من القواعد  
تحصيلًا لمصالح هذا العقد ، هـ .

ويتحدث عن هذا المثال في موضع آخر فيقول :

« فإن قيل فلم جاز بيعه بعد بدو صلاحه مع أنه يمتد بما يمتصه من  
ملك البائع إلى أوان جذاذه ؟ قلنا هذا نزر يسير بالنسبة إلى ما قبل بدو  
الصلاح مع مسيس الحاجة إلى أكله وبيمه بعد بدو صلاحه ، ولو لم يحز  
ذلك لتمذر على الناس أكل الثمار الرطبة ، وذلك ضرر عظيم لم تر الشريعة  
بمثله ، ا هـ .

ويقول الحموي في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم « في قاعدة إذا  
ضاق الأمر أقسع ، و المراد بالإتساع الترخيص عن الأقيسه وطرد  
القواعد والمراد بالضييق المعضة » (٢) .

ويقول الزيلعي في « تبين الحقائق » :

« والقواعد قد ترك بالتعامل وجوز الاستصناع لذلك » (٣) .

---

(١) يراجع قواعد الأحكام ج ٢ ص ١٢٦ ، ١٦٢ ، ١٧٨

(٢) ج ١ ص ١١٧

(٣) ج ٥ ص ١٨٤

ويفهم من هذا الذى ذكر أن ترك القواعد العامة بالعرف على سبيل الاستثناء قال به جمهور الفقهاء ويذكر الإمام الشافعى فى الإعتصام نقلاً عن ابن العربى : « إن العموم والقياس يخصان بأى دليل كان كما أنه يؤثر ترك الدليل على طريق الاستثناء والترخص ومن ذلك ترك الدليل — أى تخصيصه على طريق الاستثناء — بالعرف والمصلحة والتيسير ورفع الحرج (١) ».

« والعرف الذى يقضى على القياس هو العرف المستوفى لشروطه المتقدمة » . وقد ذكر العربى عبد السلام فى قواعده بعض الأمثلة لما خرج عن القياس فى المعاوزات وغيرها من التصرفات بانتهى خمسة وثلاثين مثالا منها ما ذكر وهو يكتفى للدلالة على المطلوب .

#### رابعا : أثر العرف فى قواعد الفقه إجمالا

بعد هذا الذى تقدم أقول :

قد كان للعرف أثر كبير فى قواعد الفقه سواء فى ذلك العرف العملى أو القولى ولذا لم يخل كتاب من كتب القواعد من قاعدة أساسية فى العرف أو قاعدة من القواعد المنفرعة على قاعدة أساسية وذلك مثل قاعدة « المادة محكمة » فهى قاعدة أساسية وهى قاعدة العرف . . وقد ذكرها الفقهاء سواء فى ذلك من سار فى ذكر القواعد على تفصيل وتطوير كما درج عليه القرافى وغيره فقد ذكر أكثر من قاعدة تتعلق بالعرف وتحكمه فى الوقائع والتصرفات — أو من سار فى ذكر القواعد على

التوسط أو من ذهب إلى الإجمال مثل القاضى حسين فقد ذكر أن قواعد الفقه خمسة ومنها : العادة محكمة ، (١) .

واعتبار العرف فى التشريع وبناء الأحكام عليه جعل له مدخلا فى كثير من الفروع والمسائل المخرجة على هذه القواعد والمفرعة عليها ، وذلك فى المسائل الاجتهادية المعقدة بالحاجة والضرورة واختلاف الأحوال والأزمان . . كما سلف فى العرف لكثابت والمتبدل وفى معنى اعتبار العرف فى التشريع (٢) .

ولما نظر الفقهاء إلى هذا المعنى ورأوا أثر العرف فى بناء الأحكام لم يغفلوه وهم يقدون القواعد أو يخرجون الفروع وجعلوا له شروطاً وضوابط - كما تقدم - وذلك لأن الشريعة الإسلامية بمقاصدها العامة مبنية على جلب المصالح ودفع المفاسد ، فالاجتهاد فى المسائل الفقهية المحمولة على العرف والعادة لابد أن يراعى فيه هذا المعنى لأن ما يحقق المصالح المعتبرة شرعاً يجب أن يتفق ومقاصد الشريعة . .

وإدراك المجتمع لما هو مصلحة فيما تعارف عليه الناس ليس على إطلاقه بل هو مقيد بالسير فى إطار عبر عنه الإمام الشاطبى رضى الله عنه فى المسألة الثالثة من كتاب الاجتهاد فى الموافقات حيث قال :

« إن الاجتهاد مبنى على فهم مقاصد الشريعة ومقاصد الشريعة مبنية على اعتبار المصالح ، والمصالح معتبرة من حيث وضع الشريعة لا من حيث مطلق إدراك المكلف ، ا هـ .

---

(١) القاضى حسين بن محمد بن أحمد أبو على للروزى شيخ الشافعية فى زمانه المتوفى سنة ٤٦٢ هـ .

(٢) يراجع ما تقدم من ٦٦ ، ١٠٣ « والعرف والمصلحة » .

وقد رضع الفقهاء للوسائل والافروع الفقهية المبنية على العرف قواعد  
يرد إليها وأصبحت أساساً وضوابط لكثير من الأحكام الفرعية  
المبنية على اعتبار العرف ، وفيها من المرونة ما يجعلها صالحة لمواجهة كل  
ما يجد من وقائع وأحداث تحتاج إلى حكم شرعى لأنه قلما يوجد وقت  
لا تقع فيه مثل هذه الوقائع وقلما توجد واقعة لا تحتاج إلى حكم شرعى .  
وقد انتشرت الأحكام المبنية على العرف في كثير من أبواب الفقه ، حتى  
الجرائم والعقوبات — كما سلف — والمقصود من ذلك كله هو تحقيق  
المصلحة ودفع المفسدة ، ولذا قال العز بن عبد السلام — رضى الله  
عنه — بـرجوع الفقه كله إلى قاعدة واحدة هي جلب المصلحة ودرء  
المفسدة (١) .

ويقول التاج السبكي في قواعده بعد أن ذكر كلام العز بن عبد السلام  
في ذلك « بل رجع الفقه كله إليها ولو ضايقه مضايق لقال له : أرجع  
الكل إلى اعتبار المصالح فقط فإن درء المفسد من جملتها » (٢) ٨١ .

وفي الحقيقة من نظر في قواعد الفقه سواء منها المجردة أو المطولة  
أو التي توسط فيها ، يجد أن جميع الفقهاء يهدفون من ذلك إلى جلب  
المصلحة ومنع المفسدة لأن ذلك هو غاية الشارع من التشريع ، واعتبار  
العرف يرجع إلى المصلحة التي ترجع إلى كليات الشريعة .

---

(١) قواعد الأحكام ج ١ ص ٣ — ١١

(٢) مقدمة قواعد السبكي « مخطوط » ويراجع المواهب السنية مرق نظم القواعد

الفقهية مع حاشية للفوائد الجنية ج ١ ص ٨٤

### خامساً : قاعدة العرف « العادة محكمة »

وبعد هذه الإشارة إلى أثر العرف في قواعد الفقه أذكر قاعدة العرف « العادة محكمة » وما نفع عليها من قواعد ، وتفصيل ذلك كما يلي :

#### قاعدة « العادة محكمة » :

فقد ذكر القاضي حسين أنها إحدى القواعد الخمس التي يرجع إليها الفقه . وقد ذكرها السيوطي وابن نجيم في القواعد الأساسية الكبرى — كما ذكرها صاحب مجامع الحقائق والمجلة في المادة ٣٦٠ ، وغير هؤلاء من كتبوا في القواعد لم يغفلوا الحديث عنها .

والمراد بالعادة هنا العرف بنوعيه اللفظي والعملي عاماً كان أو خاصاً فهي محكمة في اللفظ تخصصه إن كان عاماً وتقيده إن كان مطلقاً وتبينه إذا كان مجملاً ، وتبين مراد الناس من ألفاظهم التي تتعلق بالتصرفات التي يقوم بها الإنسان . إذا غلب استعمال اللفظ في المعنى العرفي حتى صار هو المتبادر إلى الذهن . وكذلك إذا غلب على الناس نوع من المعاملات تعورف عليه فيما بينهم فيحكم في التصرفات التي تقتضيه هذا النوع أو غيره من الأعراف العملية .

وصياغة الفقهاء لهذه القاعدة « العادة محكمة » هذه الصياغة المحكمة لتعبر عن مكانة العرف في التشريع الإسلامي فهو مستند عظيم الشأن لكثير من الأحكام العملية ظاهر في شتى أقسام الفقه وأبوابه وله سلطان واسع المدى في بناء الأحكام وتجديد بنائها لتجدد العرف وتطوره إذ تدور به وعليه عجلة المعاملات بين الناس وفي اعتباره — كما سلف — تسهيل كبير يغني عن كثير من النصوص التفصيلية في الأحكام التشريعية اعتماداً على



ما هو معروف رمألوف في شتى الوقائع لأن نصوص التشريع والتقنين  
مهما كانت لا يمكن أن تستوعب جميع التفاصيل والاحتمالات كما أن  
كثيراً من الأحكام الأمرة نفسها مبني على العرف .

والمسائل الفقهية التي ترجع إلى العرف كثيرة جداً ولذا كان لابد  
من ضبطها بالقواعد ضبطاً يجعل تخريجها مطرداً دون تناقض أو اختلاف  
وفد قال السيوطي - رحمه الله تعالى . . بعد الاستدلال على قاعدة  
العادة محكمة . .

« اعلم أن اعتبار العادة والعرف راجع إليه في الفقه مسائل  
لا تعد كثيرة . .

وقال ابن نجيم - رحمه الله تعالى - في أشباهه :

« واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة  
حتى جعلوا ذلك أصلاً ، ١٨٠ .

وفي معنى هذه القاعدة جاء قول الفقههاء « استعمال الناس حجة  
يجب العمل به » وقولهم « إطباق الناس على العمل من غير تكبر حجة »  
فيجب العمل به .

وذلك لأن استعمالهم للشيء يوجب تحكيمه في تصرفاتهم ويكون هو  
الحجة عليهم ما لم يخالف أصول الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة فإذا  
ما خالفها فلا اعتبار له ولا يجب العمل به ولو أجمع عليه الناس جميعاً لأن  
الحجة في الشريعة لأنها حاكمة لا محكومة (١) .

---

(١) يراجع في ذلك الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩ وابن نجيم ص ٤٦ والنافع شرح  
المجامع ص ٣٠٨ وفتح الباري ج ٤ ص ٣٢١ وجمع الجوامع ج ٢ ص ٢١٨ وشرح أصول  
البيروني ج ٢ ص ٩٥ ، والمدخل الفقهى العام للزرقا ج ١ ص ٨٤٣ =

## القواعد المتفرعة على قاعدة « العادة محكمة »

لقد تفرع على قاعدة « العادة محكمة » عدة قواعد تعبر عن أقسام العرف وشروطه .

ويمكن تقسيمها حسبما تعبر عنه - كما سلف - في أقسام العرف وشروطه كالآتي :

١ - القواعد التي تعبر عن أقسام العرف :

(١) ما يعبر عن العرف القولي وأثره في بناء الأحكام . حيث أن كل متبكم إنما يحمل لفظه على عرفه وإن كان مخالفاً للمعنى اللغوي ، ويلحق به ما يقوم مقام اللفظ من الكتابة والإشارة والدلالة - أو الفعل .

القاعدة الأولى « الحقيقة تترك بدلالة العادة » (١) .

« الثانية » « الكتاب كالخطاب » (٢) .

« الثالثة » « الإشارة المعهودة الآخر من كاليان باللسان » .

---

= ويراجع مجلة الأحكام العدلية وشرحها على حيدر ومראה المجلة ليوسف أضاف المادة ٣٦ ، ٣٧ ويراجع ما تقدم في معنى اعتبار العرف من ١٠٣ والعرف ومصادر التفسير .

(١) شرح أصول البزدوى ج ٢ ص ٩٥ والمادة (٤٠) من المجلة ، وأشباه ابن نجيم ص ٤٦

(٢) المادة (٦٩) من المجلة .

هذه القواعد الثلاث تضع أسس اعتبار العرف اللفظي ومدى اعتباره في بناء الأحكام عليه . وقد جاء في أشباه ابن نجيم قوله :

« إن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلاً فقالوا في باب ما تترك به الحقيقة : « تترك بدلالة الاستعمال والعادة » . كذا ذكر نثر الإسلام البزدوى كما ذكره غيره من الفقهاء .

وقال ابن عابدين يحمل كلام الخائف والناذرو الموصى والواقف والعاقدة على لغته وعرفه وإن خالف لغة العرب وعرفهم » .

وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء أحكاماً كثيرة بنوها على العرف اللفظي وجاءت عباراتهم تفيد اعتباره بشروطه السابقة ومضبوطاً بهذه القواعد . . كما سلف (١) .

وفي التعبير عما يقوم مقام اللفظ عرفاً كالكتابة والإشارة جاءت قاعدة « الكتاب كالخطاب » وقاعدة « الإشارة الممهودة الأخرس كالبيان باللسان » .

وقد قال الفقهاء في العقود وبخاصة في عقد البيع « أنه ينعقد بما يدل على الرضى عرفاً » . وقد جعل الفقهاء للكتابة والإشارة شروطاً لانعقاد العقد هما متى يدلان على الإيجاب والقبول (٢) .

---

(١) يراجع ما تقدم في « العرف بين الحقيقة والحجاز والعرف القولى » ص ٧٧ وشروط اعتبار العرف ص ١٢٩

(٢) يراجع الكتابة والإشارة فيما تقدم ص ٢٢ — ٣٣١

(ب) للقواعد التي تعبر عن العرف العمل وأثره واعتباره .

- ١ - المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (١)
- ٢ - التعمين بالعرف كالتعمين بالنص (٢) .
- ٣ - المعروف بين التجار كالمشروط بينهم (٣) .

ويمكن أن يقال في هذه القاعدة الأخيرة :

« المعروف بين أهل كل طائفة كالمشروط بينهم » .

لقد تقدم في العرف العمل أن العرف في باب الأفعال . والمعاملات المدنية له اعتبار رسلطان فيحكم في تصرفات الإنسان العملية ويقيد المطلق ويخصص العام من لفظه ويحدد الالتزامات التي يلزم بها الإنسان كما أنه يزل منزلة النطق باللسان والتصریح بما يدل عليه فهو يقوم مقام اللفظ في مواقع كثيرة . وهو كالمشروط في العقد إلا إذا اتفق المتعاقدان على خلافه .

وكذلك ما عينه العرف فهو كالمخصوص عليه في العقد كما في قاعدة التعمين بالعرف كالتعمين بالنص ، أو « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » كما ذكر السرخسي .

وقد ذكر بعض الكتابين في معنى عبارة السرخسي هذه « أن العرف دلائل يثبت به الحكم كالنص الشرعي سواء حيث لا نص » .

---

(١) المنافع ص ٣٣٦ وأشباه ابن نجيم ص ٤٧ ومقدمة توفيق للواد النظامية المادة ١٨٣

(٢) المنافع ص ٣٣٦ وأشباه ابن نجيم ص ٤٨ ومقدمة توفيق للواد النظامية المادة ٨٤ ، والمادة ٤٥ من المجلة .

(٣) المنافع والمجلة مادة ٤٤

ولكن ابن عابدين — رحمه الله تعالى يذكّر في رسالته « عقود رسم المفتى » ما يفيد أن معناها أن الثابت بالعرف كأنه منصوص في العقد ، وذلك كالاتفاق بالأعيان المؤجرة والمستعارة التي لم يبين في العقد كيفية الانتفاع بها فإن ذلك يتعين بالعرف<sup>(١)</sup>.

والعرف ينقسم إلى عام وخاص . كما سلف .

وجاءت قاعدة « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » أود المعروف بين أهل كل حرقة كالمشروط بينهم » تفيد اعتبار العرف الخاص ، كعرف التجار بينهم ، وأرباب الحرف والصناعات ، وكذلك العرف الخاص ببلد معين أو طائفة معينة ، فإنه معتبر في تصرفات أهله الذين تعارفوا وينزل بينهم منزلة العرف العام كما يلزمون به دون غيرهم ممن لم يتعارفوا عليه ، لأنه كما سلف لا يحمل أحد على عرف غيره لأنه غير ملزم له<sup>(٢)</sup> .

### ٣ — القواعد التي تعبر عن شروط اعتبار العرف

القواعد التي تعبر عن شروط اعتبار العرف هي :

(أ) « إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت » .

(ب) « العبرة للغالب الشائع لا للنادر » .

(ج) « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » .

---

(١) تراجع العرف العملي ص ٨١

(٢) تراجع شروط العرف ص ١٨٩ ومعنى اعتبار العرف في التفسير ص ١٤٨

هذه للقواعد تعبر عن شروط الاطراد والغلبة وعدم مخالفة العرف لما اتفق عليه العاقدان ، كما ذكر في شروط اعتبار العرف في التشريع والمراد من الاطراد استمرار العمل به ومن الغلبة أن يكون العرف جارياً بين الذين تعارفوه في أكثر أحوالهم ، وكذلك إذا اتفق العاقدان على غير ما يدل عليه العرف فلا اعتبار للعرف حينئذ لأنه غير ملزم إلا إذا اتفق عليه فإنه يكون ملزماً ولذا جاء قولهم « المعروف كالمشروط » . وما يعبر عن شرط عدم معارضته للنص الشرعي جاء قولهم « لا اعتبار للعرف مع النص » كما تقدم في شروط اعتبار العرف .

٤ - القاعدة التي تعبر عن تغير الأحكام تبعاً لتغير العرف والعادة وتغير الأزمان والأحوال وهي « لا يتكرر تغير الأحكام بتغير الأزمان » .

وهذه قاعدة معروفة مقررة في الفقه الإسلامي ، وقد قال القرافي - كما سلف - فهما تجدد العرف اعتبره ومهما سقط فأسقطه ولا نجمد على المسطور في المكتب طول عمره .

وقد نظر الفقهاء إلى الأحكام المبنية على العرف وقالوا : إذا تغير العرف تغير الحكم المبني عليه لتغير مناطه ، لأن المبدأ الشرعي الذي يحكم ذلك كله هو تحقيق المصاحبة وإحفاق الحق ، وهذا المبدأ لا يختلف مهما تطاول الزمن واختلقت الأحوال والبيئات وإنما الذي يتبدل هو الوسيلة التي تحقق ذلك والأسلوب الموصل إلى مقصد الشريعة من التشريع وتلك الوسائل والأساليب لم تحددها الشريعة في غالب أحكامها لكي يختار منها أهل كل زمان ومكان ما هو أصح وأوفق بالنسبة لهم .

أما الأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتأسيسها ، وتوطيدها بنصوص أمرة أو ناهية كوجوب القراض في العقود والتزام الإنسان

بما تعاقده عليه وضمان الضرر الذي ينسب في إلحاقه بغيره وسريان إقراره على نفسه دون غيره وحرمة الربا والخمر ووجوب منع الأذى والإجرام وحماية الحقوق ومسئولية كل مكلف عن عمله وتقصيره إلى غير ذلك من الأحكام والمبادئ الأساسية فإنها لا تقبل ولا تتغير بتغير الأزمان ، كما سلف في العرف الثابت والمتبدل .

### سادسا — القواعد التي يمكن أن يزد العرف إليها

وهذه القواعد ليست أساسية في اعتبار العرف وإن كان بعضها من القواعد الأساسية الكبرى التي ذكرها الفقهاء ، ولكن العرف يرجع إليها باعتبار ما تدل عليه وما يتبعها من قواعد فرعية تقتل بالبحث والعرف رجوع إليها بوجه قوى وهي كالآتي :

(١) قاعدة « الأمور بمقاصدها » ، وما في معناها مما يتعلق بالعرف » :

ومعنى هذه القاعدة أن أعمال الشخص وتصرفاته القولية والعملية تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية المترتبة عليها باختلاف مقصود الشخص من تلك الأعمال وما يتبعها من آثار وأصل هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى » ، وغيره من الأحاديث التي تفيد أن نية الشخص وقصده أساس في صحة العمل واعتباره وقبوله ، ولذا ارتبطت الأعمال بمقاصدها ، ولا سيما العبادات لأنها حق الله تعالى والعمل فيها لله وحده وأثرها في استحقاق الإنسان الثواب أو العقاب .

أما في المعاملات التي تقع بين الناس بعضهم وبعض فإن القصد القلبي لا يمكن الاطلاع عليه الأفراد الذين ترتبط حقوقهم بها إلا بما يدل عليه ،

وهو الإرادة الظاهرة والتعبير عن هذه الإرادة بالقول أو بالفعل الدال عليها عرفاً ، كما في صيغة البيع الدالة على الرضا والبيع بالمعاطاة ، كما سلف .

ولم ينظر الفقهاء إلى الألفاظ الموضوععة لغة لكل عقد من العقود ، بل قالوا : كل ما دل على مقصود العاقدين ورضاها انعقد به العقد ، ولذا قالوا ، في معنى قاعدة الأمور بمقاصدها .

« العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني » : وهي التي تتعلق بالبحث وذكرت المجلة « دلائل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه » وفي هذا وجهان في مذهب الشافعية ، وذكر النووي أن هذا الخلاف مبني على قاعدة وهي « الاعتبار في العقود بظواهرها أم بمعانيها » (١) .

« الوجه الأول ، الاعتبار بظواهرها لأن الصيغ موضوعة لإفادة المعاني وتفهم المراد منها عند إطلاقها فلا تترك ظواهرها . . . لأن اعتبار المعنى يؤدي إلى ترك اللفظ ، ولأننا أجمعنا على أن ألفاظ اللغة لا يعدل بها عما وضعت له في اللغة فيطلق اللفظ لغة على ما وضع له فكذلك ألفاظ العقود ، ولأن العقود تفسد باقتران شرط مفسد ، ففسادها بتغيير مقتضاها أولى .

« الوجه الثاني » أن الاعتبار بمعانيها . . . وإذا تعذر حمل اللفظ على مقتضاه يعمل على معناه ولأن لفظ العقد إذا أمكن حمله على وجه صحيح لا يجوز تعطيله ولهذا لو باعه بعشرة دراهم وفي البئله نقود أحدها غالب حملناه على الغالب طلباً للصحة .



وهذا الوجه الأخير هو الذى عليه جمهور الفقهاء وهو فى معنى القاعدة المذكورة .

ويقول ابن تيمية فى قواعد (١) :

« إن العقود تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل وبكل ما عده الناس بيعاً أو إجارة ، فإن اختلف اصطلاح الناس فى الألفاظ والأفعال انعقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال ، وليس لذلك حد مستقر لافى شرع ولا فى لغة ، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تنوع لغاتهم .. ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات فى المعاملات ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم إذا كان ما تعاقدوا به دالاً على مقصودهم ، وهذا هو الغالب على أصول مالك وظاهر مذهب أحمد ، ولهذا يصحح فى ظاهر مذهب بيع المعاطاة هـ . »

(ب) قاعدة اليقين لا يزول بالشك :

لقد تقدم أن قواعد الفقه أغلبية .. لأن اليقين زال بالشك عند مالك فى الوضوء . .

ومعنى هذه القاعدة :

أنه إذا كان هناك أمر من الأمور ثبت ثبوتاً يقينياً وأصبح مقطوعاً به ثم طرأ الشك على تغييره بعد ذلك لا يعمل بالشك الطارئ ويبقى الأمر المتيقن هو المعتبر إلى أن يتحقق السبب المزيل . وهذه القاعدة يؤيدها العقل كما يؤيدها السنة الصحيحة ، فقد ورد فيها : أن المتوضئ إذا شك

في انتقاض وضوءه فلا يعتبر ذلك الشك ما لم يتيقن أنه حدث السبب  
الناقض للوضوء .

وأجروها في جميع الأمور التي يتعلق بها حكم الشرع في جميع أبواب  
الفقه من عبادات ومعاملات وعقوبات وأقضية وسائر الحقوق  
والالتزامات .

وبما تفرع على هذه القاعدة مما يتعلق باعتبار العرف وشروطه  
ثلاثة قواعد :

أولاً - لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح .

وقد مر في شروط اعتبار العرف في التشريع : أن من شرطه أن  
لا يقابله تصريح بخلافه أو نص لأحد المتعاقدين ، وبثبت الأمر المتعارف  
باعتبار أن التعامل دال عليه فإذا صرح المتعاقدان بخلافه فلا عبرة لدلالة  
العرف حيثئذ في مقابلة التصريح الذي أصبح متيقناً في الدلالة على المقصود .  
« وكل ما يثبت بالعرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود  
العقد ويمكن الوفاء به صح » اهـ .

وقال عز الدين بن عبد السلام في قواعده :

وعلى ذلك تنقيد جميع العقود بما يتفق عليه المتعاقدان إذا وافق  
المقصود من العقد شرعاً ولا عبرة للدلالة العرفية لأن العقد شريعة  
المتعاقدين . فأصبح ما اشتمل عليه العقد يدل يقيناً على المقصود . ولا فرق  
في ذلك بين التصريح بالقول أو الكتابة .

ثانياً - قاعدة ، لا ينسب إلى ساكت قول ولا يكن السكوت في معرض  
الحاجة إلى البيان بيان . .

ومعنى هذه القاعدة :

أن الساكت لا يعتبر متكلماً لأن عدم القول هو المتيقن ودلالة السكوت  
مشكوك فيه ما لم تدعمها قرائن مرجحة .

قال السيوطى فى الاشباه : « لا ينسب إلى ساكت قول ، هذه عبارة الشافعى — رضى الله عنه — ومثل لذلك بأمثلة منها :

« البكر سكوتها فى النكاح إذن للأب والجد قطعاً ولسائر العصبة والمحكم فى الأصح ، اهـ .

وذلك لأن السكوت فى هذه الحالة التى تستدعى البيان بيان وقد اعتبر العرف سكوت البكر فى النكاح إذناً أو إجازة لدلالة الحال ، حيث لم يظهر منها ما يدل على الرفض كصراخ أو بكاء ، وقد جاء فى الحديث الشريف : « البكر تستأذن وإذنها صماتها » .

أى إذا استأذنها وإيها فى النكاح فصمتت وسكتت لم تنكح يعتبر سكوتها توكيلاً بدلالة العرف إذ يغلب على الفتيات الأبكار الخجل والحياء فلا يبدن رغبتهن فيلجأن إلى السكوت بينما لا يسكتن ولا يغجلن من إظهار الرفض .

وقد قاس الفقهاء على ذلك ما إذا زوجها وإيها فضولا من غير إذنها ، ثم بلغها الخبر فسكتت اعتبر سكوتها بعد العقد دلالة على الرضى كما اعتبر سكوتها عند استئذانها إذناً منها .

وقد اعتبر النص الشرعى فى هذا الموضع عقد الوكالة فى النكاح بالسكوت بناء على العرف كما تبين ، وإن كان أصل القاعدة ألا ينسب إلى ساكت قول لأن السكوت يدل على عدم الرضا إلا فى مثل هذه الحالة التى أصبح السكوت فيها بياناً ودالاً على المراد عرفاً .

ومن الأمثلة على ذلك من رأى غيره يتصرف فى ماله أو بعضه بالبيع والشراء ثم سكت من غير عذر أو مانع يمنعه من القول أو الدعوى بأن هذا ملكه أو ماله ، فإن هذا يعتبر إذناً عرفياً له بالتصرف .

وفي الشفعة إذا باع الجار أو الشريك عقاره أو حصته وكان المستحق للشفعة موجوداً وحاضراً وسكت بلا عذر يمنعه من المطالبة بحقه في الشفعة ومضت مدة تدل على رضاه بالبيع عرفاً فليس له الرجوع بعد ذلك والمطالبة بحقه في الشفعة لأن سكوته في هذه المدة يعتبر نزولاً منه عن حقه (١) .

### ثالثاً - الأصل في الكلام الحقيقة :

هذه القاعدة من القواعد الفرعية على قاعدة اليقين لا يزول بالشك ، وذلك لأن المعنى الحقيقي للفظ هو المتيقن إلا إذا أخرجه العرف والاستعمال عن معناه الحقيقي .

وقد جاء في ذلك قاعدة أخرى ذكرها الفقهاء وهي : « إعمال الكلام أولى من إهماله » ، وهي بلا ريب تشمل الحقيقة والمجاز إذ أن كل منهما إعمال .. وقد ذكر ذلك مفصلاً في « العرف بين الحقيقة والمجاز » (٢) .

وبما ذكره الفقهاء ويتعلق بهذا الموقع قولهم : « الممتنع عادة كالممتنع حقيقة » .

فالممتنع حقيقة هو الذي لا يمكن وقوعه . ولهذا لا يقبل الادعاء به بل يرد كمن ادعى على مساويه سناً أنه ابنه أو أبوه ، فكما لا يقبل هذا الادعاء لامتناعه حقيقة ، لا يقبل الممتنع في العادة والعرف وقوعه ، وذلك كمن ادعى وهو معروف بالفقر على آخر أمواله جسيمة لا يعرف أنه أصاب

---

(١) يراجع الأشباه للسيوطي ص ١٤٢ ، والمادة (٦٧) من المجلد وياب النكاح والشفعة في كعب الفقه ، والمدخل الفقهي العام للزركاني ص ١٥٩

(٢) يراجع ما تقدم ص ٧٥ وما بعدها .

مثلها بإرث أو غيره لا تقبل دعواه ما لم يثبت مصدر هذا المال الذى ادعاه ،  
وذلك لأن العرف يكذب هذه الدعوى . وسيأتى تفصيل ذلك (١) .

### (ج) قاعدة المشقة تجلب التيسير :

هذه القاعدة من القواعد الخمس الكبرى التى تعتبر من أسس الشريعة  
الإسلامية عند جميع المذاهب لأن أحكام الشريعة الإسلامية مبنية على  
التيسر ورفع الحرج الناشئ عن المشقة والعسر والحرج ممنوع بنصوص  
الشريعة .

وقد استدلل الفقهاء على هذه القاعدة بقوله تعالى : « يريد الله بكم اليسر  
ولا يريد بكم العسر » (٢) . وقوله تعالى : « وما جعل عليكم فى الدين من  
حرج » (٣) . وقوله تعالى : « ويضع عنهم إصرهم والأغلال التى كانت  
عليهم » (٤) .

وما رواه الإمام أحمد فى مسنده من حديث جابر بن عبد الله ، ومن  
حديث أبى إمامة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : بعثت بالحنيفية  
السمحة . ورواه الديلمى .

وكذلك ما أخرجه الإمام أحمد فى مسنده ، والطبرانى والبخارى وغيرهما  
عن ابن عباس قال : قيل : يا رسول الله : أى الأديان أحب إلى الله ؟ قال :  
الحنيفية السمحة .

---

(١) ويراجع فى ذلك أهباه السيوطى ص ٦٢ ، ١٢٨ وابن نجيم ص ٣٥ ، ٦٠ وللاواد  
( ١٦ ، ٣٨ ، ٦٠ ، ٦١ ) من الحجة . والعرف فى الفتوى والقضاء فيما يأتى .

(٢) سورة البقرة ١٨٥

(٣) سورة الحج ٧٨

(٤) سورة الأعراف ١٥٧

وقوله — صلى الله عليه وسلم — عندما أرسل دعاذا وأبا موسى الأشعري إلى الين ديسرا ولا تسرا ، (١) وقوله — صلى الله عليه وسلم — إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين (٢) ، وقوله ﷺ إن الدين يسر ، وقوله صلى الله عليه وسلم — إن الله أراد بهذه الأمة اليسر ولم يرد بهم العسر ، .

وغير ذلك كثير من النصوص التي تبين سماحة الإسلام ويسر وتقررهما . قال المناوي : « بعثت بالحنيفية السمحة » أي الشريعة المائلة عن كل دين باطل . قال ابن القيم : « والملة السمحة هي التي لا حرج فيها ولا تضيق على الناس وهي ملة الإسلام وجمع صلى الله عليه وسلم بين كونها حنيفية وكونها سمحة فهي حنيفية في التوحيد سهلة في العمل وضد الأمرين الشرك وتحريم الحلال ، (٣) ٥١ .

والمراد بالمشقة المنغية بالنصوص والداعية إلى التخفيف والترخص إنما هي المشقة غير المعتادة والمجازرة للحدود العادية .

أما المشقة العادية التي تستلزمها التكاليف وأداء الواجبات والقيام بما تقتضيه أمور الحياة ومصالح الناس لكي يعيشوا عيشة طيبة فلا بد منها في كل أمور الحياة ، ولا تنفك عنها التكاليف الشرعية من أمر ونهي ، لأن واجب لا يخلو من مشقة تلحق الإنسان ، وهو يقوم بأدائه كشقات العمل واكتساب الرزق والصلاة والصيام ، وبذل النفقات الواجبة والجهاد للدفاع عن الدين والأمة فكل هذه التكاليف وغيرها لا بد من

(١) رواه البخاري ومسلم والإمام أحمد في مسنده والنسائي في السنن .

(٢) رواه البخاري ومسلم والترمذي .

(٣) فتح القدير شرح الجامع الصغير للنادي ج ٣ ص ٢٠٣

مشقة تستلزمها طبيعة العمل المكلف به الإنسان وتختلف بحسب درجته وطبيعته ، وهذا لا ينافي التكاليف ولا يوجب التخفيف لأن التخفيف حينئذ إهمال لها وتفريط يلحق بها .

أما المشقات الخارجة عن العادة وطبيعة العمل والإنسان فهذه لمجاورتها الحد تجلب التيسير والتخفيف ، ولذلك قال الفقهاء : إن قاعدة المشقة تجلب التيسير ، يفرع عنها كثير من الأحكام الفقهية وما جاز من الرخص والتخفيفات في أحكام الشريعة مبني على هذه القاعدة وذكروا أن أسباب التخفيف سبعة ( السفر والمرض والإكراه والجهل والعسر وعموم البلوى والنقص ) .

واعتبار العرف في كثير من المواطن بناء على هذه القاعدة ، لأن في عدم اعتباره حرجاً عظيماً يلحق بالناس ، ولا سيما إذا اقتضته الحاجة ودعى إليه الضرورة .

واعتبار المشقة والحرج في موضع لا نص فيه ، وأما مع النص فلا ، ولذا لما قال الإمام أبو يوسف - رحمه الله تعالى - بجواز رعي حشيش الحرم ، مخالفاً بذلك رأى الإمام أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله تعالى - ردوا على أبي يوسف : « بأن المشقة والحرج تعتبران فيما لا نص فيه » .

وقد أفتى محمد بن الفضل من فقهاء الحنفية ، بأن ما دون السرة إلى موضع نبات الشعر ليس من العورة لتعامل الناس في الإبداء عن ذلك الموضع عند الاتزار وفي النزاع عن العادة الظاهرة نوع حرج ، فقال السرخصي رداً عليه :

« وهذا بعيد لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر وإنما يعتبر فيما لا نص فيه » .  
فالتعليل برفع الحرج لأجل اعتبار العرف المخالف للنص لا اعتبار له

لأن النصوص الشرعية لا تترك مدلولاتها إذا كانت صريحة فيما تدل عليه وملزمة به .

وإذا كانت علة المشقة مؤثرة في حكم التخفيف وجاب اليسر ذكر الفقهاء أن من أسباب التخفيف رفع الحرج وعموم البلوى وقالوا لذلك :

يجوز بيع الموصوف في الذمة كالمسلم على خلاف القياس دفعاً لحاجة المفايس مع النهي عن بيع الغرر والاكتفاء برؤية ظاهر الصبرة وأنموذج المتماثل ، ومشروعية الخيار في البيع ، وكل ذلك يرجع إلى حاجة الناس للتعامل وأنه لو لم يحزن ذلك لوقع الناس في حرج وعسر شديدين .

ويدخل في ذلك مشروعية الرد بالعيب والإجارة والمساقاة والعارية والقراض والوديعة المشقة العظيمة التي تترتب على « أنه لا يفتفع كل أحد إلا بما يملك ولا يستوفى شيئاً إلا من عليه حقه ولا يأخذه إلا بكاله » .

ولسكن الشارع دفعاً للمشقة والحرج وجلباً للتيسير سهل الأمر بإباحة الاتففاع بملك الغير بطريق الإجارة أو الإعارة أو القرض ، وغير ذلك مما رخص الشارع فيه لعموم البلوى والحاجة التي تستدعيها أهوال الناس ليحيوا في بساطة ويسر بلا عنت أو حرج يرهق المكلفين وقد قال تعالى « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً » <sup>(١)</sup> .

( د ) قاعدة « الضرر يزال » :

هذا والقول باعتبار العرف نظراً للحاجة والضرورة لما قد يترتب على عدم اعتباره من الضرر الذي يلحق الإنسان ، دخل ذلك تحت قاعدة ( الضرر يزال ) لأن الأصل في المضار المنع لقوله صلى الله عليه وسلم ( لا ضرر ولا ضرار ) وهو أصل هذه القاعدة .



وعلى هذا فإن ما يحقق المنفعة ويمنع الضرر ركن من أركان الشريعة وأساس من أسس التشريع الإسلامى تشهد له نصوص كثيرة فى الكتاب والسنة ، ويمكن العمل بهذا فى أكثر الأعراف الجارية بين الناس فى معاملاتهم وعاداتهم الاجتماعية والتقاليد السياسية التى تتطلبها حاجات العصر بما يحقق المصلحة ويدفع الضرر .

وقال الفقهاء : إن قاعدة الضرر يزال متحدة أو متداخلة على قاعدة المشقة تجلب التيسير ، . وقال السيوطى فى الأشباه والنظائر :

« اعلم أن هذه القاعدة يبنى عليها كثير من أبواب الفقه ، من ذلك الرد بالعيب ، وجميع أنواع الخيار من اختلاف الوصف المشروط والتعزير وإفلاس المشتري وغير ذلك والحجر بأنواعه والشفعة لأنها شرعت لدفع ضرر القسمة والقصاص والحدود والكفارات ، وضمان المتلف والقسمة ونصب الأئمة والقضاة ودفع السائل وقتال المشركين والبطالة وفسخ النكاح بالعيوب أو الإعسار وغير ذلك ، اهـ .

وهذه القاعدة يستعملها الفقهاء عند تقرير الأحكام الشرعية ومعنى « لا ضرر ولا ضرار » أنه يبنى الضرر نفيًا باتًا فيجب منعه مطلقاً ، وهو يشمل الضرر العام والخاص كما يفيد دفع الضرر قبل وقوعه بطرق الوقاية الممكنة ، ورفع بعد الوقوع بما يمكن من الوسائل والتدابير اللازمة والضرر لا يزال بالضرر ، أى أنه يزال لكن لا يضرر مثله .

ومن القواعد التى تتعلق بقاعدة (الضرر يزال) ، (الضرورات تنبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها) وقد قيدتها قاعدة (الضرورة تقدر بقدرها) .

هذا وإذا كانت المشقة تجلب التيسير واعتبر العرف نظراً للحاجة

والضرورة فقد قال الفقهاء الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة ،  
وهي القاعدة التي يأتي بعد ذلك الحديث عنها .

( هـ ) قاعدة « الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة :

والضرورة : هي ما يترتب على وجودها خطر كما في الإكراه الملجئ ،  
وخشية الهلاك جوعاً وقد قال تعالى في هذه الحالات التي تعتبر استثنائية :  
( إلا ما اضطررتم إليه ) وغيرها من الآيات .

أما الحاجة : فهي أقل دافعاً من الضرورة لأنه يترتب على عدم مراعاتها  
عسر ومشقة ومعنى كونها تنزل منزلة الضرورة أنه يقتصر على مقدارها  
فقط عامة كانت أو خاصة .

ومعنى كون الحاجة عامة أن يكون الاحتياج إليها عاماً لجميع الأمة ،  
وذلك مثل حاجة الناس إلى التعامل بالاستصناع في كثير من الحاجات  
واللوازم من ملابس وأثاث وغير ذلك ، فإن الحاجة إليه لا يخلو منها  
مجتمع من المجتمعات ، وقد درج الناس على التعامل بالاستصناع من قديم  
الزمان ، كما أن الاستصناع أصبحت له أهمية كبرى في التجارات الدولية ،  
كما تقدم .

ومعنى كون الحاجة خاصة أن يكون الاحتياج إليها لطائفة معينة  
كأهل بلد أو حرفة كالتيجار وغيرهم فيما يستدعيه العمل من أمور لا بد منها  
حتى يمكن القيام به .

وعلى ذلك فعنى القاعدة المذكورة : أن الأحكام التشريعية الاستثنائية  
لا تقتصر على حالة الضرورة الماجئة بل إن حاجات الجماعة تستدعي دفع  
العسر والمشقة ، ولذا يكون لها بعض الاستثناء والترخص ، وقد وجد

كثير من الأحكام المستثناة من القواعد العامة للعرف والتعامل معللة بالحاجة والضرورة<sup>(١)</sup>.

ويتضح ذلك من الأمثلة الآتية :

أولاً — تقدم في الحديث عن الاستصناع والسلم والأجارة أنه ورد النهي عن بيع المعدوم ثم استثنى منه هذه الأمور حيث تعورف عليها الحاجة للناس إليها .

ثانياً — جوز الفقهاء بيع الثمر بعد بدو صلاحه وبيع الثمار التي تتلاحق في الظهور متى بدأ صلاح بعضها وإن كان معظمها معدوما لم يبد بعد نظراً للحاجة إلى بيعه .

ثالثاً — جوز الفقهاء دخول الحمام من غير بيان تعيين المدة ومقدار الماء الذي يستعمل في ذلك وفي الشرب من السقاء من غير بيان قدر المشروب للحاجة الداعية إلى ذلك .

رابعاً — ما ذكره الفقهاء في جواز بيع الدراهم واستقراضها بالعدد مع اختلافها في الوزن للضرورة والحاجة الناس إلى التعامل .

خامساً — جوز فقهاء الحنفية بيع الوفاء ، وهو أن يبيع المحتاج إلى النقد عقاراً على أنه متى رد البائع الثمن استرد العقار ، وقالوا : إنه صحيح

---

(١) يراجع في ذلك الأشياء للسيوطي ص ٧٦ ، وابن نجيم ص ٣٥ وحاشية الفوائد الجنية على شرح ونظم القواعد الفقهية ج ١ ص ٣٥ ، وقواعد الأحكام ج ٢ ص ٨ - ١٧ والموافقات ج ٢ ص ١١٩ وما بعدها والميسوط للسرخسي ج ١ ص ١٤٦ والمادة (١٧) من المجلة ، ورسالة العرف والمادة للشيخ أبي سنة ص ٣٦ - ٣٨ ، والمخدر الفقهي العام للزرقا ج ١ ص ٩٧٧

الحاجة الناس فراراً من الربا ، وقد حدث هذا البيع في بخارى وبلغ في القرن الخامس لأنهم اعتادوا الدين والإجارة في الأشجار وهي لا تصح قباعوها وفاء . وقد جاء في عبارات بعض الفقهاء ما يفيد عدم جوازه وهو الذى نقول به قال صاحب درر الحكام : قال الشيخ نجم الدين النسفى في فتاواه في بيع الوفاء .

« الذى توافقه أهل زماننا احتيالا للربا وسموه بيع الوفاء هو في الحقيقة رهن » .

ويقول ابن نجيم في الأشباه نقلا عن الفتاوى البزازية في التعقيب على بيع الوفاء :

« وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه » وهو يشير بذلك إلى قاعدة الفقهية التى تقول : « إذا ضاق الأمر اتسع » .

وقال الحمزى فى شرح الأشباه لابن نجيم « المراد بالانساع الترخص عن الأقيسة وطرده القواعد والمراد بالضيق المشقة » .

وقال السيوطى : ( إن قاعدة إذا ضاق الأمر اتسع ) بمعنى قاعدة المشقة تجلب التيسير . وذلك إذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو الجماعة أو ظرف استثنائى أصبح معه الحكم الأصيل المشروع للحالات العادية فيه حرج ومشقة ومرهقا لهم حتى يجعلهم فى ضيق من التطبيق فإنه يخفف عنهم ويوسع عليهم ما دامت الحاجة داعية إليه والضرورة قائمة فهذا هو معنى إذا ضاق الأمر اتسع . فإذا انفرجت الضرورة وزالت الحاجة عاد الحكم إلى أصله ولذا قال الفقهاء : ( إذا اتسع الأمر ضاق ) . وجاء فى المادة ( ٢٣ ) من المجلة ( ما جاز لعذر بطل بزواله ) وعلى ذلك فتحكم العرف فى الوقائع إنها هو استجابة لداعى الحاجة والضرورة - كما سلف .

سادساً — جميع الأحكام التي ذكر الفقهاء أن مناطها العرف والعادة إنما تبدل وتتغير تبعاً لتغير العرف الذي دعت إليه الحاجة .

وبعد ذلك فإن الحاجة إذا كانت تنزل منزلة الضرورة فقد ذكر الفقهاء أنهما يفرقان في أمرين :

الأول — أن الضرورات تبيح المحظورات سواء أكان الاضطراب حاصلًا للفرد أم حاصلًا للجماعة ، وذلك بخلاف الحاجة فإنها لا توجب الاستثناء من القواعد العامة أو الأحكام العامة إلا إذا كانت هامة لجميع الناس أو لطائفة منهم ، ولا تعتبر حاجات الأفراد لأن لكل فرد حاجاته التي تتجدد وتختلف عن حاجات غيره ، ولا يمكن أن يقرر لكل فرد تشريع خاص به بخلاف الضرورة فإنها حالات فادرة وقاسرة .

الثاني — أن الحكم الاستثنائي الذي يتوقف على الضرورة هو لإباحة مؤقتة لمحظور ممنوع بنص الشريعة وتنتهي هذه الإباحة بزوال الاضطراب كما أنها مقيدة بمن حدث له دون غيره . أما الأحكام التي ثبتت بناء على الحاجة فهي لا تصادم نصاً ، ولكنها تخالف القواعد والقياس وهي تثبت بصورة عامة يستفيد منها جميع الأفراد كما يستفيد منها المحتاج وغيره كما ذكر في جواز الاستصناع والإجارة والسلم .

ونخلص من ذلك إلى أن ( قاعدة المشقة تجلب التيسير وما وجع لإيها من قواعد فرعية ، والتي استنبطها الفقهاء من تأثير علة المشقة في التيسير والتخفيف قد رجع إليها أحكام كثيرة رعاية لرفع الحرج وعموم البلوى حتى قالوا : بطهارة طين الشوارع ، وإن اختلط بالنجاسة ، وعدم تنجس الآبار بفضلات الحمام والعصافير . . ولذا قالوا : يتخرج على هذه القاعدة جمع رخص الشوارع وتخفيفاته .

وقد اعتبر الفقهاء ما تعارفه الناس للحاجة استناداً إلى دليل هذه القاعدة ، لما للعرف من سلطان على النفوس ومبلغ العسر الذي يلحق بهم إذا حيل بينهم وبين ما جرى به العرف مما يستدعي التيسير ، إذا كان العرف مستوفياً لشروطه المتقدمة ، إلا إذا وصل الأمر إلى الضرورة الملجئة إلى ترك النصوص مثل الاضطراب إلى أكل الميتة خشية الهلاك الذي هو أعظم من ترك التخفيف فإنه يترتب على التمسك بالنص مفسدة أعظم من مصاحبة التخفيف . ولذلك فإن قول الفقهاء يجوز كذا للعرف ، إنما هو استخراج للحكم من هذه القاعدة حتى لا يقع الناص في الحرج والمهقة ويحدث لهم بذلك ضرر والضرر يزال .

ويلحق بهذا قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة وفي المضار التحريم .

وذكر السيوطي : أن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم .

وقال الحنفية : الأصل في الأشياء التحريم حتى يدل الدليل على الإباحة .

ويترجع المذهب الأول بما جاء عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ( ما أحل الله فهو حلال وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافية فإن الله لم يكن لينس شيئاً ) .

وروى الطبراني عن أبي ثعلبة : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم :

إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها . وقد حدد حدوداً فلا تعتدوها ، وسكت عن أشياء من غير نسيان فلا تبحثوا عنها ، اهـ .

فمذا يدل على إباحة المنافع وما يكون وسيلة لتحقيق المنفعة؛ ما لم يدل الدليل على التحريم وقد يترجح أن الأصل في الأشياء التحريم لقوله تعالى: يسألونك ماذا أحل لهم فإنه يدل على سبق التحريم .

ولأما ما فيه ضرر يلحق بالإنسان فإن الأصل في المضار التحريم لقوله صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار » كما تقدم .

وعلى هذا فإن ما يحقق المصلحة ويدفع الضرر عما يدخل تحت ( قاعدة المصالح المرسله ) فهو على أصل الإباحة ما لم يدل دليل على التحريم ، وما تعارفه الناس مما فيه ضرر فإنه يرد إلى أصل الخطر ويقال فيه :

( الأصل في الأشياء الحظر حتى يدل الدليل على الإباحة ) .  
و ( الضرر يزال ) (١) .

وقد سلف في معنى اعتبار العرف أن على الفقيه : أن يبين للناس ما في الأعراف الفاسدة من الضرر ، ويردهم إلى الصحيح من أحكام الشريعة حتى يدفع عنهم الضرر المقرب عليه وتحقق لهم المصالح التي تتبع أصل الإباحة لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح وذلك لأن المفاسد سرياناً وفسواً بين الناس فمن أهداف الشارع الحكيم القضاء عليها ، وهذا هو ما يؤيد العقل كما يؤيد النقل ، ولو ترتب على ذلك الحرمان من بعض المنافع أو تأخيرها .

---

(١) يراجع في هذا البحث أشباه السيوطي ص ٧٧ ، ٨٨ وأشباه ابن نجيم ص ٣٧ ، ٤٥ ، والمواد ( ٧ ، ٢١ ، ٢٢ ، ٣٢ ) من المجلة مع شرح الأستاذ علي حيدر ومراجعة المجلة .  
ابن يوسف أصاف . ورسائل ابن عايد ج ٢ ص ١٣٠ والنجوى في شرح الأشباه ، لابن نجيم ج ١ ص ١١٧ ، والبدائع ج ٥ ص ٢ ، ٣ ، والمغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٧٥ ، وذو الرعائى ج ٢ ص ٢٠٧ والمبسوط للمرخسي ج ١ ص ١٤٦ ورسالة العرف والمادة للشيخ أبي سنة ص ٣٦ ، ٣٨ والمدخل للفقهي العام للزرقا ج ١ ص ٩٧٨ وما تقدم ص ١٢٠ ، ٣٤٨ .  
ما بعدها .

ومثال ذلك :

ما إذا تعارف الناس التجارة في المحرمات من خمر أو غيرها أو التعامل بالربا وغير ذلك مما فيه منفعة للتجار وأصحاب الأموال ، فلما يترتب على ذلك من المفساد منع الشارع منه مطلقاً لأن دره المفساد مقدم على جلب المصالح كما منع المفسدة ولو أدت إلى مصلحة في نظر البعض لأن الغاية لا تبرر الوسيلة ، ولذا كان حرص الشارع على منع المنهيات أقوى من حرصه على تحقيق المأمورات ، فقد روى أن رسول الله - ﷺ - قال :

( ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فأنوا منه ما استطعتم ) .

وذلك لأن منع المفساد مقصود للشارع كما أن جلب المفساد مقصود له ولذلك حرم العقد على ما لا منفعة فيه من عقود المعاوضات كما حرم العقد على ما فيه ضرر منها وذلك معروف عقلاً وشرعاً بلا خوف ، وقد بينت الشريعة أحكام ما تعارفه الناس وأتت بقواعدها العامة وبجانب ذلك الأصل في الأشياء والإباحة حتى يدل للدليل على التحريم ، فهي الإباحة التي تحقق المنفعة وتمنع المفسدة ، حفظاً للإنسان وروحه وماله .

والعرف - كما سلف - يسهه تشريع الإباحة وإذا فصلته بهذه القاعدة صلة وثيقة لا تجعله ينفك عنها بحال من الأحوال (١) .

وأخيراً فإن القاعدة الأولى من القواعد المذكورة قاعدة العرف (العادة محكمة) أصل لهذه القواعد التي رجع إليها العرف ، فتحكيم

---

(١) يراجع في ذلك معنى اعتبار العرف فيما تقدم من ٩٥ والأشياء للسيوطي من ٦٠ ، ٦٨ وابن نجيم من ٣٧٠ ، ٣٢ واللواذ ( ١٩ ، ٢٠ ، ٢٥ ، ٣٠ ) من المجلة كما يراجع رسالة العرف والعادة للشيخ أبي سنة من ٣٦ ، ٤٠ والمدخل الفقهي العام للزرقا ج ١ من ٩٦٣ ، ٩٧٧



العرف والعادة ، هو الذى جعل له صلة بقاعدة الأور بمقاصدها وما جاء فى معناها من قولهم : ( العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمباني ) لأن ما يقصده العاقد من لفظه العرفى هو الحكم لتبادره إلى الفهم عند النطق به . وكذلك ما تفرع على قاعدة ( اليقين لا يزول بالشك ) من قولهم ( لا عبرة بالدلالة فى مقابلة التصريح ) فإن من شروط العرف المحكم ألا يقابله تصريح بخلافه .

وكذلك قولهم : ( لا ينسب إلى ساكت قول ولاكن السكوت فى معرض الحاجة إلى البيان بيان ) إلا إذا اعتبر السكوت إذنا بالعرف ، وقولهم ( الأصل فى الكلام الحقيقة إلا إذا أخرجه العرف عن المعنى الحقيقى إلى المعنى العرفى فيحكم المعنى العرفى . ولما كان عدم اعتبار العرف ومراعاته يسبب الحرج والمشقة ارتبط ذلك بقاعدة المشقة تجلب التيسير ) وذلك للحاجة والضرورة حتى يزال الضرر المترتب على عدم اعتبار العرف ، ( والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة ) وأما ما تعارفه الناس مما ليس فى النهى عنه أو تحريمه نص شرعى فإنه على أصل الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم إذا كان يحقق المصلحة المقصودة شرعاً وأما ما تعورف عليه مما فيه مفسدة فإنه على أصل الحظر ويجب تركه .

## ٦ - هل أنشأ العرف قاعدة فقهية ؟

لقد تقدم أن الفقهاء لما وضعوا قواعد الفقه لم يهمل واحد منهم أن يتحدث عن قاعدة العرف . « العرف العادة محكمة » وأرادوا بها العرف بنوعيه القولى والعملى ، وهى بهذا تعبر عن مكانة العرف فى التشريع الإسلامى ، وما فرعه الفقهاء على هذه القاعدة من أبحاث وقواعد تدرج تحتها تعتبر مفسرة للقاعدة المذكورة .

فقاعدة العادة و أنشأها العرف لأن الأدلة قامت من الكتاب والسنة والإجماع على اعتباره في التشريع وبناء الأحكام المطلقة في الشريعة عليه . كما تقدم .

وأصبحت هذه القاعدة من القواعد الكبرى الأساسية التي يرجع إليها الفقه الإسلامي عند جميع الفقهاء ، وبذلك استمد العرف قوته ، وأخذت القاعدة مكانتها وأصبح للعرف أثر لا يستهان به .

وكذلك ذكر أنه توجد قواعد فقهية أخرى رجع إليها العرف بوجه قوى ولكنها ليست قواعد أنشأها العرف وإن كان له رجوع إليها بمعنى « قاعدة العادة محكمة » وقد شملت هذه القواعد العرف فيما رجع إليها من أحكام ودخل تحتها من قواعد مفرعة على أصل القاعدة .

فالعرف أنشأ القاعدة الأساسية « العادة محكمة » لأنه رجع إليه في الفقه مسائل كثيرة في أبواب الفقه المختلفة التي احتاجت إلى ضبطها بالقواعد الأخرى المتصلة بها والمفرعة عليها حتى يجتمع شتاتها ويلتئم شملها تحت القاعدة المذكورة . والعرف بعد ذلك يرجع إلى المصلحة التي ترجع إلى كليات الشريعة ومقاصدها العامة ، وما تعارف عليه الناس من أمور تحقق لهم مصلحة ما لا تعارض فصوص الشريعة هو المسمى بالمصلحة المرسله ، وذلك كله ما لم يأت النص الشرعي مخالفاً أو ملغياً للعرف ، وإلا لم يعتبر ، لأن أعراف الناس وإن اعتبرت بشروطها السابقة في الشريعة لا تقوى على معارضة للنصوص الشرعية . وإلا أصبحت الشريعة عرضة للتغيير والتبديل كلما تغير العرف واختلف الزمن وبذلك تضيع أحكام الشريعة وتفقوض أركانها .

ولا يمكن بعد ذلك القول بأن العرف إذا كان قد أنشأ قاعدة فقهية في القاضى فإنه كلما تغير احتاج الأمر إلى إنهاء قاعدة جديدة — وذلك لأن

للعرف المعتبر في التشريع قد وضعت قاعدته مستوفاة لشروطها السابقة ، وما جاء مخالفاً لها فإنه لا محالة يعتبر مخالفاً لنصوص الشريعة ومبادئها العامة ، وذلك لأن العرف الذي عرف بأنه دما استقر في النفوس واستحسنه العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول واستمر الناس بما لا ترده الشريعة أو أقرم الشارع عليه ، . لا يمكن أن يوجد عرف مخالف له إلا وكان مخالفاً للشريعة في نصوصها ومبادئها . وإذا فلى عرف آخر يخرج عن نطاق القاعدة التي أنشأها العرف بهذا المعنى عرف فاسد ولا يجب اعتباره فضلاً عن القول بأنه قد ينشئ قاعدة جديدة لأن القول بتحكيمة في الوقائع في أى زمان أو مكان خلاف القول بأنه ينشئ قاعدة جديدة لأنه لم يوجد حتى الآن فقيه من الفقهاء اكتشف قصوراً أو نقصاً في قاعدة فاول تكيلها أو أبدل قاعدة بأخرى عكس القوانين الوضعية التي يكتشف كل يوم ما بها من نقص فتحتاج إلى تكيل أو استبدال قواعد بقواعد أخرى — لأن الشريعة الإسلامية من وضع الله الحكيم الخبير صيغة الله ومن أحسن من الله صيغة ونحن له عابدون ، (١) و صنع الله الذي أنقن كل شيء ، (٢) .

ويقول بعض علماء القانون : إن العرف لا ينشئ قواعد قانونية . وذلك لأن القانون يصدر عن طريق التشريع وإذا اعتبر العرف فذلك لأن المشرع أجازته ضمناً بإرادة المشرع هي التي أعطت العرف قوته .

ويرى بعضهم أن هذا الرأي ضعيف لأن علماء القانون يسلمون

(١) سورة البقرة ١٣٨

(٢) سورة النمل ٨٨

ويراجع ما تقدم في المقدمة ص ٧ وما بعدها . واعتبار العرف ص ١٠٣ وما بعدها .

وما ذكر في أول الحديث عن العرف وقواعد الفقه .

بالعرف في المسائل التجارية ويجعلون لها أثراً بارزاً فيها فلماذا هذا الاستثناء ثم يقول :

« أليست المسائل التجارية في طبيعتها كالمسائل المدنية ، أولم يكن الأولى أن تحفظ القاعدة بإطلاقها ، وبذهب أنصار هذا الرأي من علماء القانون إلى اعتبار العرف منشئاً للقاعدة القانونية لأن القانون اعتبر العرف والمشرع يدأب دائماً على ما درج عليه الناس ويجعل قوانينه متمشية مع حاجاتهم ورغباتهم ، فالعرف مصدر ينشئ قواعد قانونية وفي صورة ضيقة ، اهـ .

وإذا كان القانون مشتق من ظروف المجتمع والمشرع يلاحظ ذلك عند وضع القاعدة القانونية فالعرف هو الذى ينشئ القاعدة القانونية (١) .

#### (٧) مجال القاعدة التى أنشأها إجمالاً :

لقد تقدم الحديث عن قاعدة « العادة محكمة » ، وما يتفرع عليها من قواعد ، وأما الحديث عن مجال هذه القاعدة ، ففي أبواب المعاملات في الفقه الإسلامى مسائل كثيرة بنيت أحكامها على العرف وما وجد في العبادات فمسائل قليلة جداً ولا تتعلق إلا بالأمور الطارئة على العبادات غالباً مثل الأفعال المنافية للصلاة وطول الزمان وقصره في موالاته الوضوء عند من يشرطها . . . وفي تشريع العقوبات للعرف أثر كبير في التعزير — كما سلف — .

وأما المسائل المفرعة على هذه القاعدة فقد أجملها السيوطى — رحمه الله —

---

(١) أصول القانون لسنهورى وأبى ستيت س ٦٠ ، ٩٣ .

في أول حديثه عن القاعدة العامة محكمة ، وهي مسائل متعددة في أبواب  
الفقه المختلفة »

قال السيوطي — رحمه الله تعالى (١) — :

« أعلم أن اعتبار العرف والعادة رجع إليه في الفقه مسائل لا تعد  
كثرة ، فمن ذلك الحيض وأقل سن الحيض والبلوغ والإنزال وأقل  
الحيض والنفاس والطهر وغالبها ، وضابط القلة والكثرة في الضبة — أي  
تضييب الأثناء أو غيره بالفضة » والأفعال المنافية للصلاة والنجاسات  
المعفو عن قليلها ، وطول الزمان وقصره في موالاة الوضوء . « في وجه »  
والبناء على الصلاة في الجمع والجمعة وخطبتها وبين الإيجاب والقبول  
في العقود والسلام ورده ، وفي التأخير المانع من الرد بالعيب في البيوع  
وسقي الدواب من الجداول والأنهار المملوكة لإقامة له — أي العرف —  
مقام الإذن اللفظي وتناول الثمار السافطة ، وفي إحراز المال المسروق  
وفي المعاطاة على ما اختاره النووي ، وفي عمل الصناعات على ما استحسنه  
الرافعي وفي وجوب السرج والأكاف في إستئجار الدواب ، والخبر  
والخيطة ، والكحل على من جرت العادة بكونها عليه ، وفي الاستيلاء  
في الغصب وفي رد ظرف الهدية وعدمه وفي وزن أو كيل ما جهل في عهد  
رسول الله صلى الله عليه وسلم — فإن الأصح أن يراعى فيه عادة بلد البيع  
وفي إرسال المواشي نهاراً وحفظها ابلاً .

ثم قال السيوطي : ولو اطردت عادة بلد بعكس ذلك اعتبرت العادة

في الأصح . . . . وفي قبول للقاضي الهدية ممن له عادة ، وفي القبض  
والأقباض ودخول الحمام ودور القضاة والولاية وفي الأكل من الطعام  
المقدم ضيافة بلا إذن ، وتزبلا الإذن العرفي مقام اللفظ وفي المسابقة  
والمناضلة ، إذا كانت للرماة في مسافة تنزل المطلق عليها ، وفيما إذا اطردت

عادة المتبارزين بالأمان ولم يجر بينهما شرط فالأصح أنها تنزل منزلة الشرط ، وفي ألفاظ الواقف والموصى والإيمان ، ا هـ .

وذكر ابن حجر في فتح الباري عند قول البخارى — رحمه الله — ( باب من أجرى أمر الأنصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع ، والإجارة والمسكيل والموزون وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة ) .

قال ابن المنير وغيره : المقصود بهذه الترجمة إثبات الإعتداد على العرف وأنه يقتضى به على ظواهر الألفاظ ، ولو أن رجلاً وكل رجلاً في بيع سلعة فباعها بغير النقد الذى عرف الناس لم يجز ، وكذا لو باع موزوناً بغير الكيل أو الوزن المعتاد ، ثم قال :

وذكر القاضى حسين : أن الرجوع إلى العرف أحد القواعد الخمس التى بنى عليها الفقه ، فمنها الرجوع إلى العرف فى معرفة أسباب الأحكام الإضافية كمعسر ضبة وكبرها وغالب الكثافة فى اللحية ونادرها وقرب منزل وبعده وكثرة فعل الكلام وقلة فى الصلاة ، ومقابل الموضع فى البيع عينا وثمن مثل ومهر مثل ، وكفء نكاح ومؤونة ونفقة وكسوة وسكنى ، وما يلىق بحال الشخص من ذلك . ومنها الرجوع إلى العرف فى المقادير كالحيض والطمهر وأكثر مدة الحمل وسن اليأس . ومنها الرجوع إليه فى فعل غير منضبط يترتب عليه الأحكام كإحياء الموات والإذن فى الضيافة ، ودخول بيت قريب ، وتبسط مع صديق ، وما بعد قبضاً وإيداعاً وهدية وغصباً وحفظ ودية وانتفاذاً بعارية . ومنها الرجوع إليه فى أمر مخصص كألفاظ الإيمان وفى الوقف والوصية والتفويض ومقادير المسكيات والموازين والنقود . وغير ذلك (١) ا هـ

(١) فتح البارى ج ٤ ص ٣٢١ ويراجع شرح المبنى على البخارى ج ١٢ ص ١٦٦  
( ٣١ — أثر العرف )

وقد تقدم في تعريف العرف والعادة .

إن العرف والعادة يشبان بالتكرار والمعاودة مرة بعد أخرى حتى يستقر ما اعتاده الناس وتعارفوه بينهم . واسكن في الفروع التي ذكرها السيوطي وابن حجر وغيرهما من الفقهاء فيما فروعه على هذه القاعدة . بعض العوائد الشخصية أو الخاصة ببعض المسائل التي ثبتت العادة بمرة في بعضها وبأكثر في بعض المسائل الأخرى — ويتبين ذلك في الأمثلة الآتية التي تذكر للدلالة على المطلوب .

( ١ ) في الحيض قال إمام الحرمين والغزالي ( في باب الحيض ) .  
الحيض أربعة أقسام :

« أحدها » ما يثبت بمرة واحدة بلا خوف وهو الاستحاضة لأنها علة مؤمنة فإذا وقعت فالظاهر . دوامها وسواء في ذلك المبتدئة والمعتادة والمتحيرة « وذكر مثل ذلك المالكية » .

« الثاني » ما لا يثبت فيه بالمرة ولا بالمرات المتكررة بلا خوف وهي المستحاضة إذا انقطع دمها فرأت يوماً دماً ورأت يوماً نقاء واستمر لها أدوار هكذا . ثم أطبق الدم على لون واحد فإنه لا يلتقط لها قدر أيام الدم بلا خلاف ، وإن قلنا باللفظ ، بل ( يختصها <sup>(١)</sup> ) بما كنا نجعله ( حيضاً بالكلفيق وكذا لو ولدت مراراً ولم تر نفاساً ثم ولدت وأطبق الدم وجاوز ستين يوماً فإن عدم النفاس لا يصير عادة لها بلا خلاف بل هذه مبتدأة في النفاس .

« الثالث » ألا يثبت بمرة ولا بمرات ، وهو التوقف عن الصلاة ونحوها بسبب تقطع الدم إذا كانت ترى يوماً دماً ويوماً نقاء .

---

(١) هذه العبارة في الأشباه للسيوطي طبع التجارية سنة ١٣٥٥ هـ ١٩٣٦ م ( يختصها بما كنا نجعله ) وفي طبعة الحلبي سنة ١٣٧٨ هـ ١٩٥٩ م ( بل تحيضها بما كنا نجعله ) ، وما ذكرته أرى أنه صحيح .

ويقول المالكية : إنها تلتق أيام الدم لتصير بها إلى عادتها ، وتفقتل وجوباً وتصوم وتصلى .

الرابع : ما ثبت بالثلاث وفي ثبوته بالمرة والمرتين خلاف والأصح الثبوت ، وهو قدر الحيض والطهر ، وقدر الحيض يثبت بمرة واحدة عند المالكية فإذا ما اختلفت العادة فإنها تصل بها إلى نهاية مدة الحيض وهي خمسة عشر يوماً وتصير عادتها بعد ذلك .

( ٢ ) الجارحة في الصيد لا بد من التكرار ولا يكتفى فيه بمرة واحدة كما ذكر السيوطي ، بل لا بد من التكرار للأمور المعتبرة في تعليم الحيوان من السباع والطيور التي يحل الاصطياد بها بأن تنجز بزجر صاحبها أو معلها في ابتداء الأمر وبعده ، وأن تسترسل بإرساله . وقال بعض الفقهاء لا ينضب ذلك بعدد بل يرجع فيه إلى أهل الخبرة وفي الاكتفاء بالمرتين والثلاث خلاف أيضاً .

( ٣ ) اختيار الصبي في البيع ونحوه ليعرف بلوغه ورشده . قالوا : يختبر مرتين فصاعداً حتى يغلب على الظن رشده . وذلك بأن يدفع أقل ما طلب صاحب الساعة التي يريد شرائها . . . وكذلك إذا طالب أكثر من ثمن الشيء الذي يعرضه للبيع ، ويضبط ذلك بالعرف وأنه لا يغبن عادة حتى يأنس منه الرشد ، خلافاً لمن قال : يختبره مرة أو مرتين حتى يغلب على الظن رشده .

( ٤ ) العادة في الإهداء إلى القاضي ، قال تقي الدين السبكي (١) دماخص كلام علماء فيما يعطى للأحكام والأئمة والأمراء والقضاة والولاة وسائر من ولي

(١) يراجع : فصل المقال في هدايا المال . مطبوع ضمن فتاوى السبكي ج ١



أمر أمر أمور المسلمين أنه . إما رشوة ، وإما هدية أما الرشوة فحرام بالإجماع على من يأخذها وعلى من يعطيها سواء كان الآخذ لنفسه أو وكيلًا ، وكذا المعطى سواء أكان عن نفسه أو وكيلًا ، ويجب ردها على صاحبها ولا تجعل في بيت المال إلا إذا جهل صاحبها ، فتكون كالمال الضائع ، وفي احتمال لبعض أصحابها ، فتكون كالمال الضائع . وفي احتمال لبعض متأخري الفقهاء أنها تجعل في بيت المال .

وأما الهدية التي يقصد بها التردد واستئالة القلوب ، فإن كانت ممن لم يتقدم له عادة ( أى بالإهداء له ) قبل الولاية فحرام وإن كانت ممن له عادة ( أى بالإهداء له ) قبل الولاية ، فإن زاد فكمًا لم تكن له عادة ( أى تكون حراماً ) ، وإن لم يزد فإن كانت له خصومة لم يجوز وإن لم تكن له خصومة جاز بقدر ما كانت عاداته قبل الولاية . والأفضل أن لا يقبل ، وللتشديد على القاضى فى قبول الهدية أكثر من التشديد على غيره من ولاية الأمور لأنه نائب عن الشرع فيحق له أن يسير بسيرته .

ثم قال : فليحظر القاضى المسكين المشفق على دينه إلى سيرته وسهره النبى - ﷺ - والخلفاء الراشدين بعده فى أحكامهم وأفعالهم فإن وجد سيرته قريبة منهم فأحر أن ينجو بنفسه ، أو يسأل فى تقصيره وإن وجد سيرته مخالفة لسيرتهم فليعلم أنه كما عدل عن طريقهم فى الدنيا كذلك يعدل عنها فى الآخرة وليقنع بأن يكون فى عداد المسلمين نسأل الله العافية ، ولا تعرض إلى هذا الخطر العظيم وتتحمل أعباء هذا المنصب الشريف ، اهـ

وثبوت الهدية للقاضى وهل تثبت بمرة أو أكثر من مرة ، قال ابن السبكي لم أر بماذا يثبت به .

وقال السيوطي :

وكلام الأصحاب يلوح منه ثبوتها بمرز واحدة ، ولذلك عبر الرافعي بقوله : أن يعهد منه الهدية ، والعهد يصدق بمرة واحدة .

وقال ابن نجيم :

لم أر بماذا ثبتت العادة بالاهداء للقاضي المقتضية للقبول .

والذي يفهم من كلام جمهور الفقهاء : أنه يرجع في ذلك وفي غيره في ثبوت العادة في أي أمر من الأمور إلى العرف في ذلك فإنه هو الضابط في الأمور التي تتكرر أو تحتاج إلى التكرار حتى يحكم عليها فيما عدا الحائض فإن عاداتها ثبتت بمرة واحدة - كما تقدم<sup>(١)</sup> . والذي نراه في الهدية للقاضي : أنها ثبتت بالمرة الواحدة ، وذلك بعد أن يولى القضاء . وهي عليه حرام يجب أن يتنزه عنه . إلا إذا كانت من قريب أو صديق لما بذلك عادة قبل أن يلى القضاء ولا يقصد بها بعده تحقيق مصلحة لها بحكم منصبه ، وإلا فهي حرام ، وكذلك كل من يلى أمراً من أمور المسلمين .

#### ٨ - مجال قاعدة العرف في أبواب الفقه المختلفة :

بعد ذلك الذي تقدم فقد كان للعرف مجال أو أثر في أبواب الفقه المختلفة وبني الفقهاء عليه كثير من الأحكام وذلك سوى ما ذكر من مسائل فيما تقدم - مما يستدعي استعراض مسائل من هذا النوع مما ذكره الفقهاء في كتب الفقه .

---

(١) يراجع في ذلك الأنشباء والنظائر للسيوطي ص ٩١ ، ٩٢ والأنشباء والنظائر لابن نجيم ص ٤٧ وقواعد الزركشي - مخطوط ، والفرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٧٣

### (أ) العقود والتصرفات

المعقود عليه هو محل العقد ومن الأصول المقررة في الشريعة أن يكون المعقود عليه موجوداً وقت إنشاء العقد حتى ينعقد العقد ويترتب عليه حكمه لأن مقتضى العقود أن يكون المعقود عليه مقدوراً على تسليمه ولا يتأتى ذلك إذا كان المعقود عليه غير موجود وقت إنشاء العقد . كما يجب لصحة العقد خلو المعقود عليه عما يفضى إلى المنازعة وأكل أموال الناس بالباطل . ولهذا ورد النهى عن بيع ما ليس عند الانسان . وقد استثنى من هذا الأصل العام بعض العقود فأجيز العقد على المعدم المتوقع وجوده في المستقبل حسبما تقتضيه طبيعة العقد عملاً بالعرف الجارى بين الناس وذلك كما سلف في الحديث عن الاجارة والسلم والاستصناع وفى العرف والقياس .

وقد اتفق الفقهاء على أن الشيء المعدم الذى يستحيل وجوده في المستقبل لا يصلح أن يكون محلاً للعقد سواء كان ذلك عيناً أو منفعة ، كما انفقوا على أن محل العقد إذا كان لمنفعة لا يشترط وجودها عند العقد وإنما يشترط إمكان تحققها في المستقبل حيث أن طبيعة المنفعة وقت العقد معدومة ولا يتصور وجودها دفعة واحدة وليكنها توجد شيئاً فشيئاً ، وذلك كما في عقد الاجارة وقد أجازت الاجارة للتعامل والحاجة للناس إليها — كما سلف :

وقد نص الفقهاء ، على صحة استئجار الدور والحوانيت وإن لم يبين وجه الانتفاع بها من السكنى ووضع الأمتعة ونحوهما ، وذلك لأن العرف جعل الاستئجار في الدور ينصرف إلى السكنى وفى الحوانيت إلى الانتفاع بما يليق بها لأن المعروف عرفاً كالمفروض شرطاً والعادة محكمة ، والتعيين بالعرف كالمخصوص عليه في العقد ، مع أن القياس ألا يجوز الاستئجار

إلا إذا بين العاقدان وجه المنفعة من المعقود عليه حتى لا يفضى إلى النزاع والخلاف بين العاقلين ، ولكن العرف رفع ما يفضى إلى ذلك .

ويقول القرافي — رضى الله عنه — فى الفرق بين قاعدة ما يتبع العقد عرفاً وما لا يتبعه « تتبع الفتاوى العوائد كيفما تقابلت كما تتبع النقود فى كل عصر وحين ، وتبين المنفعة من الاعيان المستأجرة إذا سكنت عنها فتتصرف بالعادة بالمنفعة المقصودة منها عادة ، اهـ

ولذلك قال الفقهاء : ، إنه يجوز إجارة ما جرى العرف باستئجاره مما ينتفع به انتفاعاً شرعياً . فلا تصح إجارة ما لا منفعة فيه أصلاً أو فيه منفعة غير شرعية ، وأن تقوم بالمنفعة حتى تكون مملوكة غير مجهولة وأن تكون مملوكة لصاحب الشيء المؤجر على وجه خاص ، بحيث يمكن منعها ويمكن أن تؤثر فى الذات المؤجرة وتنقص قوتها كوهن الدابة بالركوب .

ولهذا نص المالكية على عدم صحة إجارة الشجر للاستظل أو الفشمس بفلاة اهدم ملك المنفعة وإن أجازوا تأجير الأشجار المملوكة لتجفيف الثياب عليها نظراً إلى أن فى ذلك تأثير فى عين الشجر فهو داخل عندم تحت القيد الذى ذكروه ، وهو « أن تؤثر المنفعة فى الذات المؤجرة » .

وذكر ابن نجيم فى الأشباه :

« أن صحة الإجارة بالتعارف العام فى جري العرف باستئجار شيء كالدور للسكنى تحت الإجارة وما لم يجر العرف العام باستئجار شيء لم يصح إستجاره » .

وهذا ليس متفقاً عليه فإن العرف الخاص ببعض البلاد أو بعض

الطوائف إذا جرى باستئجار شيء فإنه يصح استئجاره إذا كان يحقق منفعة شرعية .

ولذلك قال الفقهاء : إن من لا منفعة ترجى منه شرعاً لا يصح استئجاره كآلات اللهو أو استئجار الدراهم للزينة لأن بذل العوض فيها من السفه . وأخذ العوض عما لا يصح استئجاره شرعاً من أكل أموال الناس بالباطل .

وعلى هذا تكون صحة الإجارة دائرة مع العرف صحة وبطلاناً فإذا لم يجر العرف باستئجار شيء لا يصح استئجاره شرعاً . إلا ما نهى الشارع عن استئجاره فإنه لا يصح ولو جرى به عرف فهو فاسد غير معتبر .

وقد شرط الحنفية في انعقاد الإجارة أن تكون المنفعة مقصودة لجمهور الناس ، وهذا هو الصحيح من مذهب الشافعية . ولذلك أفتى فقهاء الحنفية بعدم صحة ما قاله بعضهم من استئجار المستقرض المقرض لحفظ عين لا تزيد قيمتها على الأجرة كسكين أو ملعقة تحايلاً على الربا حيث يأخذ المقرض عوض الإجارة عما استأجره لحفظه نظير المقرض الذي أعطاه .

وأفتى الكمال بن الهمام والزيلعي ببطلانها ، وذهب إلى مثل ذلك ابن القيم في إعلام الموقعين .

والعرف فيما يتعلق بالإجارة دخل كبير فوق ما ذكر فيما يتعلق بالأجر ، فإن أجرة المثل تتمين بالعرف ، وتأجيل الأجر إن كان العرف التأجيل وتعجيله إذا كان العرف التأجيل ما لم يتفق على غير ما جرى به العرف .

قال الصاوي في حاشيته على الدردير : « إن عين الأجرة فلا بد من شرط التعجيل أو جريان العرف به فإن لم يجر عرف ولم يشترط كان العقد قاسداً ، وذلك لاجهالة المفضية إلى النزاع<sup>(١)</sup> .

## ٢ - العرف والشروط المقترنة بالعقد

إن الشريعة الإسلامية قد عيّنت بتنظيم علاقات الناس وضروب معاملاتهم وتصرفاتهم طبقاً للمصلحة ، فيجب ألا يقدم أحد على عقد يخالف لأصول الشريعة العامة ، وقد تحدث القرآن الكريم عن وجوب الوفاء بالعقود . فأوجب إضاءها ولم يشترط في العقود المالية إلا الرضا والاختيار فقال الله تعالى :

« إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

وقد اختلف الفقهاء فيما يختص بحرية المتعاقدين في العقود والشروط المقترنة بها ، ويحسن بيان آراء الفقهاء في هذه الشروط على سبيل الإجمال عموماً مع بيان المراد من البحث

لقد مر في العرف وقواعد الفقه أنه يوجد مبدأين ذكرهما الفقهاء هما :

١ - الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم .

٢ - الأصل في الأشياء الحظر حتى يدل الدليل على الإباحة<sup>(٢)</sup> .

---

(١) ج ٣ ص ٧٢ والبهجة ج ٢ ص ١٦٥ والفروق ج ٣ ص ٣٨٧ والبدائع ج ٥ ص ٢٢٤ ودرر الحكم ج ٢ ص ١٨٠ وقواعد الأحكام ، قاعدة اختلاف أحكام التصرفات لاختلاف مصالحها ج ٢ ص ١٤٤ وما تقدم في العرف العمل والعرف والقياس .

(٢) يراجع ما تقدم آخر العرف والقواعد التي يرد إليها .

### فعلى المبدأ الأول :

يكون للعاقدين أن يعقدا من العقود ويشترطا من الشروط ما يشاءان إلا ما أتى الشرع بتحريمه استصحاباً لذلك الأصل ، وذهب إلى هذا الحنابلة ومنهم ابن تيمية بصفة أخص وبعض الفقهاء وإن لم يتوسعوا في الشروط مثلاً فعل الحنابلة — واستدلوا بقوله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »<sup>(١)</sup> . وقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »<sup>(٢)</sup> .

قلاية الأولى : أوجبت الوفاء بالعقود دون استثناء ، ولا يكون الوفاء بالعقد لازماً إلا إذا كان صحيحاً .

والآية الثانية : لم تشترط لصحة العقد إلا أن يكون صادراً عن إرادة العاقدين بالرضى والاختيار . واستدلوا مع ذلك بقوله — صلى الله عليه وسلم — « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً »<sup>(٣)</sup> فهو يفيد بظاهره أن الأصل في الأشياء الإباحة ، وقال الحافظ المنذرى : « وهذا في الشروط الجائزة دون الفاسدة ، وهو من باب ما أمر فيه بالوفاء بالعقود » اهـ .

وأما المبدأ الثانى : وهو أن الأصل في الأشياء الحظر حتى يدل الدليل على التحريم . فقد جاء على وفقه مذهب الظاهرية الذين تمسكوا بظاهر النصوص . وقالوا :

(١) سورة المائدة ١

(٢) سورة النساء ٢٩

(٣) رواية الترمذى وقال : إنه حسن صحيح .

« إن الأصل في العقود وما يتصل بها من شروط الحظر فلا يجوز من ذلك كله إلا ما ورد به الشرع - وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بما روى عن عائشة أم المؤمنين - رضى الله عنها - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد .

وبعد أن ذكر ابن حزم هذا الحديث ورضيه قال :

« فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بإلزامه بإسمه أو بإباحة التزامه بعينه » اهـ .

ويستدلون أيضاً بما جاء في الصحيحين أن عائشة أم المؤمنين - رضى الله عنها - اشترت جارية تسمى « بربرة » لتعتقها فشرط أهلها أن يكون الولاء لهم مع أن الولاء مستحق شرعاً لمن أعتق فذكرت عائشة - رضى الله عنها - ذلك للنبي - ﷺ فقال :

« خذوها واشترطى لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق » أى دعهم يشترطون الولاء فإنه لا ينفعهم ثم قام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الناس فقال :

« ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق » اهـ .

فبطل المحرط وصح العقد .

ويرد المخالفون لهذا المذهب :

١ - إن الشرط الذى ليس في كتاب الله تعالى ولا سنة رسول الله



صلى الله عليه وسلم — هو الشرط الذى يخالف هذا أو ذاك ، وهو ما يدل عليه الحديث الأول الذى استدل به الظاهرية أولاً . فإنه نص فيما جاء مخالفاً لما عليه الرسول ﷺ أى أنه ما أحل حراماً أو حرم حلالاً . كما ذكر فى الحديث الذى استدل به على المذهب الأول .

وأما استدلال الظاهرية به على أن الأصل فى الأشياء الحظر فبعيد كل البعد .

وأما الاستدلال بحديث « بربرة » ، فالمراد به أن الشرط الذى ليس فى كتاب الله هو ما يكون مخالفاً أيضاً فأنى يستدل به على المطلوب ؟

٢ — إن الشرط الذى دل القياس أو الإجماع على صحته وإن لم يرد به نص فى الكتاب أو السنة يكون قد دل عليه من طريق غير مباشر بالكتاب والسنة .

هذه هى خلاصة أدلة المضيقين كالظاهرية والرد عليها والموسمين كالحنابلة .

وأما الذين توسطوا بين هذين المذهبين فلم يفتروا فى الإباحة ورود نص خاص كالظاهرية ولم يجعلوا الأصل فيها الإباحة كما ذهب إليه الحنابلة بل يميلون إلى أن الأصل هو الحظر واستثنوا بعضها ولكنهم توسعوا فى الاستثناء . وهؤلاء هم جمهور الحنفية والمالكية والشافعية .

وهذه الشروط المستثناة التى حكموا بصحتها أربعة :

الأول : الشرط الذى يوافق مقتضى العقد مثل اشتراط البائع على المشتري تسليم الثمن قبل تسليم البائع ، واشتراط المشتري رد البيع إذا وجد عيباً ، واشتراط الزوجة على زوجها مهر المثل إذا لم يتفقا على مهر معين ،

فإن هذه الشروط لم تثبت شيئاً جديداً غير ما يقتضيه العقد ويوجبه لأن مضمونها ثابت ويجب الوفاء به ولو لم يشترطه أحد العاقدين .

الثاني : الشرط المؤكد لمقتضى العقد :

وذلك مثل اشتراط تقديم كفيل أو رهن بالثمن عند تأجيله واشتراط ولى الزوجة على زوجها أن يمسكها بمعروف أو يفارقها بإحسان إن أصبحت الحياة الزوجية غير ميسورة بينهما .

الثالث : الشرط الذى ورد به الشرع فيشمل ما ورد به نص خاص فى الشريعة كاشتراط خيار الرؤية إذا لم يكن المشتري رأى المبيع عند العقد ، وما الحق بهذا الشرط بطريق القياس كخيار التعيين وخيار العيب فإن ما ثبت بالقياس الصحيح يعتبر مما ورد به الشرع .

الرابع : الشرط المتعارف :

وذلك مثل اشتراط المشتري على البائع لإصلاح الشيء المبيع مدة من الزمن كالساعة والسيارة وغير ذلك ، واشتراط تعجيل الصداق أو نصفه أو ثلثه فى عقد الزواج إذا تعارف الناس كذلك ، وتعاملوا به فيلزم بائع الساعة والسيارة بإصلاحها فى المدة المعينة ، ويلزم الزوج بتعجيل المقدمار المتفق : ولو امتنعت الزوجة عن طاعة زوجها حتى تقبض المتفق على تعجيله لا تعد ناشراً تستحق النفقة على زوجها لأن الشرط المقترن بالعقد لما كان صحيحاً التحق بأصل العقد فأخذ حكمه .

ولذلك جعل الفقهاء الشرط المتعارف مخصصاً لحديث نهى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — عن بيع وشرط ، كما ذكر ذلك فقهاء الحنفية ومن نهى منهام ، وقد جعلوا الثابت بالعرف كالثابت بالنص لأن ما ثبت بالعرف يكون معتمداً على الدليل الشرعى الذى دل على اعتبار العرف ..

وقد أعطوا الشرط المتعارف اعتباراً فجعلوه كالمنصوص عليه في العقد ، وإن لم ينص عليه المتعاقدان ، لأن ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن . ومن أجل ذلك قالوا : إن الشرع يقر ما يقره العرف إلا إذا كان هناك نص صريح يخالفه ، ولذا خصصوا به العام وقيدوا به المطلق وتركوا به القياس ، وعلى ذلك أجازوا كثيراً من العقود التي لم تأت بها نصوص الشريعة ، لأنها تتفق والمقصد للعام من التشريع .

وقد قالوا في القاعدة التي جاءت في النهي عن بيع وشرط :

« إن الشرط المنهى عنه هو ما كان مخالفاً لمقتضى العقد ويمنع ترتب آثاره ، ويحللون ذلك بأن المراد به الشرط الذي يفضي إلى النزاع . وما كان مفضياً إلى النزاع فهو باطل .

أما إذا تعارف الناس شيئاً فإنه يكون غير مفضٍ إلى النزاع لأنه موافق لمقتضى العقد إذا كان صحيحاً . فهو كالشرط الذي ورد النص باعتباره فيجب العمل بموجبه والوفاء به ، وحيث قطع النزاع وحسم الخلاف بين الناس فلا يكون مقصوداً بالنهي ، ولذا يخصص به الأثر ويترك به القياس كما قالوا في الشرط الصحيح : إنه ما كان موافقاً لمقتضى العقد أو مؤكداً لهذا المقتضى أو أذن به الشرع أو جرى به العرف — كما نقدم —

وقال البارني في العناية شرح الهداية :

« لا يقال : نهى النبي — صلى الله عليه وسلم — عن بيع وشرط . وهو بإطلاقه يقتضي عدم جواز البيع إذا اقترن بشرط لأن الشرط الذي يقتضيه العقد ليس بشرط ، في الحقيقة حيث أفاد ما أفاده العقد المطلق . ولا يقال : فساد البيع بالشرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه

فالشرط المتعارف يكون فاسداً فلا يصح البيع معه لأن الحديث معلول  
بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف  
ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث ، ا هـ .

وعلى هذا فالعشرط الذى لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وليس مشروطاً  
بالنص ولا متعارفاً يكون فاسداً أو باطلاً .

ويفرق فقهاء الحنفية بين الشرط الفاسد والباطل : بأن الشرط الفاسد  
ما كان فيه منفعة لأحد العاقدين ، وهذا الشرط يفسد العقد فى عقود  
المعاوضات المالية كالبيع والإجارة وغير ذلك . ومثاله : أن يفتى داراً  
ويشترط البائع على مشتريها السكنى فيها مدة معينة أو يوجرها لفلان ،  
أما فى غير المعاوضات المالية فيلغى الشرط ويبقى العقد صحيحاً سواء كان  
العقد من عقود التبرعات كالصدقة والهبة والإعارة ، أو من عقود التوثيقات  
كالكفالة والحالة والرهن ، أو الإسقاطات كالإطلاق ، أو الإطلاقات  
كالوكالة ، أو عقود المعاوضات غير المالية كالزواج ، وإنما ألغى الشرط  
الفاسد فى عقود المعاوضات المالية لأنه التزام غير مشروع حيث لم يرد  
به نص ولا جرى به عرف ، وهو فى نفس الوقت مخالف لمقتضى  
العقد .

ولما كانت المعاملات المالية أساسها الرضا واقتران العقد بالشرط  
الفاسد جعل الرضى لا يستمر بإلغاء الشرط فبطل العقد لذلك بخلاف  
العقود الأخرى ، كما أن الشرط الذى فيه زيادة لأحد العاقدين أو لغيرهما  
فى المعاملات يفضى إلى الربا أو فيه على الأقل شبهة الربا فتفسد بذلك بخلاف  
العقود الأخرى إذ لا يتصور فيها الربا ولا شبهة الربا .

أما الشرط الباطل ، وهو ما خلا من الأوصاف الصحيحة وليس فيه  
منفعة لأحد العاقدين فهذا الشرط يكون لاغياً ولا أثر له فى العقد صحة

وفساداً ويكون العقد المقترن به صحيحاً ويلغى الشرط وحده حيث لا فائدة فيه .

ومثال ذلك ما إذا باع داراً واشترط ألا يسكنها المشتري ، أو باع سيارة واشترط على المشتري ألا يستعملها إلا في أوقات مخصوصة أو لا يستعملها غيره أو لا يبيعها أو اشتراط على من اشترى الأرض ألا يزرعها مدة معينة أو يزرعها نوعاً معيناً من الزروع . فهذا الشرط غير ملزم ولا يؤدي إلى النزاع بين العاقدين فلما ألغى بقى العقد صحيحاً . وذكر بعض فقهاء الحنفية : أن الشرط المتعارف مستثنى من ذلك وقد قال الكاساني في حديثه عن الشرط المتعارف :

« إن كان الشرط مما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه أيضاً لكن للناس فيه تعامل ، فالبيع جائز كما إذا اشترى فعلاً على أن يحذوها البائع أو جراباً على أن يخزئه له خفاً أو ينمل خفه والقياس ألا يجوز ، وهو قول ( زفر ) ، رحمه الله تعالى وجه القياس : أن هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين وأنه مفسد كما إذا اشترى ثوباً بشرط أن يخطه البائع قيصاً ونحو ذلك .

« ولنا ، أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط بالاستصناع ، اهـ .

وذكر السرخسي في المبسوط :

« وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وفيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضاً كما لو اشترى فعلاً أو شرا كما بشرط أن يحذوه البائع ، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ولأن في النزاع من العادة الظاهرة حرجاً يندأ « وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فإن كان فيه

منفعة لأحد المتعاقدين فالبيع فاسد لأن الشرط باطل في نفسه اهـ .

ويقول ابن عابدين :

إنهم صرحوا بفساد البيع بشرط لا يقتضيه العقد ، وفيه نفع لأحد المتعاقدين واستدلوا بنهيه - صلى الله عليه وسلم - عن بيع وشرط ، والقياس ، واستثنوا من ذلك ما جرى به العرف . كبيع نعل على أن يحدوها البائع .

قال في منح الفقار : فإن قلت إذا لم يفسد الشرط المتعارف العقد يلزم أن يكون العرف قاضياً على الحديث .

قلت : د ليس بقاض عليه بل على القياس لأن الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف يفض النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث ولم يبق من الموانع إلا القياس والعرف قاض عليه (١) .

أما الحنابلة : الذين توسعوا في الشروط فقد صححوا كل شرط فيه منفعة لأحد العاقدين ، واستدلوا على ذلك بحديث جابر بن عبد الله - رضى الله عنه : أنه باع ناقة للنبي - صلى الله عليه وسلم - وشرط حملاتها إلى المدينة .

وعلموا ذلك بأن العقود من العادات التي تحدث من المسلم وغير المسلم على السواء ، وإذن فيمكن في صحتها ألا تحرمها الشريعة فإن لم تفعل

---

(١) يراجع المبسوط ج ١٣ ص ١٤ وما بعدها وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٥٧ ورد المختار على الدر المختار ج ٤ ص ١٢٦ ورسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٥ وفتح القدير ج ٥ ص ٢١٥ وبها مشه العناية شرح الهداية .

تكون العقود حلالا وصحيحة استصحاباً لمبدأ أن الأصل فيها الإباحة  
وفي الحديث الذي استدلوا به فيما تقدم قوله — صلى الله عليه وسلم — :  
« الصالح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً  
والمسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً ، ا هـ .

وقد روى أيضاً أن النبي — صلى الله عليه وسلم — قال : الناس على  
شروطهم ما وافقت الحق قال ابن تيمية : وهذا المعنى هو الذي يشهد له  
الكتاب والسنة .

وحقيقة فالشرط المتعارف يكون معتبراً من باب أولى . أما الشرط  
الباطل فإنه إذا شرط لم يلزم الوفاء به كما قال ابن القيم في حديث « بربرة » :  
« أنه تضمن حكماً من أحكام الشريعة » وهو أن الشرط الباطل إذا  
شرط في العقد لم يحز الوفاء به ، ا هـ .

هذا هو ما قاله الحنابلة : إلا أنهم استثنوا من ذلك الشرط المتنافي  
لمقتضى العقد أو الذي ورد النهي عنه أو كان مخالفاً لحكم الله ورسوله —  
ﷺ — .

١ — أما الشرط الأول : وهو المخالف لمقتضى العقد والغرض منه ،  
كان يكون في هذا الشرط منع لأحد العاقدين من الانتفاع بما يثبت له  
العقد من حقوق مثل أن يبيع أحد شيئاً لآخر بشرط ألا يبيعه أو يبيعه  
داراً بشرط أن يسكن فيها البائع أو لا يسكن فيها المبتع ولا يؤثرها  
إلا لفلان . وهذا الشرط وما مثله فاسد ولا يمكنه لا يفسد العقد بل يعتبر  
لاخياً والعقد صحيحاً .

٢ — وأما الشرط المخالف لحكم الله ورسوله ﷺ أو الذي نهى عنه  
الشارع ، فهو الشرط الذي يقتضى الجمع بين صفتين في عقد واحد ،

ومثاله أن يقرض فلان فلاناً مبلغاً من المال على أن يشتري به شيئاً معيناً .

ومثل هذه الشروط تكون فاسدة واشتراطها في العقود يفسدها . لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صفقتين في صفقة . ولأنها تؤدي غالباً إلى نزاع بين العاقدين في العقد الآخر الذي اعتبر شرطاً للعقد الأول ، ومع هذا ففي بعضها شبهة الربا في صورة قرض جر نفعاً .

هذا هو رأى الحنابلة في هذه المسألة ويقول ابن تيمية في الفتاوى :

« إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه أو إبطاله نص أو قياس عند من يقول به . وأصول أحمد - رضي الله عنه - المنصوصة يجرى أكثرها على هذا القول - ومالك - رضي الله عنه - قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط منه فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه . »

ويذكر ابن تيمية أن تحريم شيء من العقود أو الشروط التي يتعامل بها الناس دفعا للحرج وتحقيقاً للمصلحة بغير دليل شرعي تحريم لما لم يحرمه الله تعالى ، فكل شرط لا يناقض حكم الله تعالى ورسوله - صلى الله عليه وسلم - جائز دون استثناء<sup>(١)</sup> .

وقد قال الزيدية كما قال الحنابلة ، إنه يصح من الشروط ما يكون من مقتضيات العقد . وكذلك اعتبروا كل ما جرى به العرف من الشروط

---

(١) يراجع في فقه الحنابلة أعلام الموقعين ج ٣ ص ٢٢٧ ، وكشاف القناع ج ٤ ص ٤ و ج ٢ ص ٥٢ ، ٦٣ ومنتهى الإرادات ج ٢ ص ٢٥ والهرج الكبير مع المفتي لإبن قدامة ج ٢ ص ٣٠ وفتاوى ابن تيمية ج ٢ ص ٢١٤ و ص ٣٢٦ - ٣٣٥ والقواعد النورانية للفقهاء ص ١١١ وزاد المعاد ج ٤ ص ٣٦



يشترط ألا يخالف النص الشرعي من كتاب أو سنة<sup>(١)</sup> . وكذلك صحح المالكية والشافعية الشرط الذي يقتضيه العقد مثل تسليم المبيع والرد بالمعيب وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد وفيه مصاحبة كشرط الخيار والرهن والضمين فإنه لا يبطل العقد لأن الشرع ورد بذلك ولأن الحاجة تدعو إليه فلم يفسد العقد . وقالوا في الشرط المنافي للعقد أنه لا يلزم الوفاء به .

وقد خصص المالكية حديث النهي عن بيع وشرط ، بحديث جابر بن عبد الله — رضى الله عنه — حيث قال : بعث النبي — صلى الله عليه وسلم — ناقة وشرط حملانها إلى المدينة . وذكر الزرقاني في شرح الموطأ « إن ذلك مما يتسامح فيه عادة ، » .

أما الشرط المنافي للعقد فقد استدلوا على بطلانه بما رواه الإمام مالك — رضى الله عنه — في الموطأ — عن عبد الله بن عتبة ، أن عبد الله بن مسعود — رضى الله عنه — ابتاع جارية من أمراته « زينب الثقفية » واشترطت عليه إن باعها أنها لها بالثمن الذي يبيعها به . فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب — رضى الله عنه . فقال عمر : لا تقر بها وفيها شرط لأحد .

وقال الزرقاني وعليه — أى الشرط المنافي للعقد — حمل نفيه — صلى الله عليه وسلم — عن بيع وشرط<sup>(٢)</sup> .

ويفهم من هذا الذى ذكره الفقهاء : أن الشرط المنافي لمقتضى العقد

---

(١) البحر الزخار ج ٣ ص ٣٣٠

(٢) شرح الزرقاني على الموطأ ج ٣ ص ٢٥٨ وراجع الدسوقي على الفرح الشكبي ج ٣ ص ٧٣ وما بعدها .

والمفضى إلى النزاع يكون غير مشروع ولا يجب الوفاء به ، وكذلك الشرط المخالف لحكم الله ورسوله - صلى الله عليه وسلم - أو ورد للنهي عنه ، أما الشرط المتعارف فقد خرج عن أصل النهي عن بيع وشرط كما ذكر الحنفية والحنابلة . وما يدل عليه كلام الزرقاني وغيره من فقهاء المالكية .

ويقول د أبو البقاء السكفوى ، فى كتابه « ضوابط الفقه » ، ( فى الضوابط المتعلقة بالعقد ) : « وكل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه - ولم يرد الشرع بجوازه كالحيار والآجل أو لم يرد به الشرع تنصيهاً لكنه متعارف ومتعامل به بين الناس كالأشترى فعلاً بشرط أن يحذوه أو يشركه البائع جاز استيحساناً للتعامل ، وكل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد الشرع بجوازه وليس بمتعارف وفيه منفعة لأحدهما أو للمعقود عليه ، وهو من أهل الاستحقاق بأى يكون أدبياً كالأشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يحممها إلى منزله ، ونحو ذلك . فالبيع والشرط كلاهما فاسدان لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدى إلى الربا (١) . »

هذا وبعد أن تبين ما ذكر عن الظاهرية المانعين للعقود والشروط إلا ما ورد الشرع بجوازه ومذهب الجمهور على اختلافهم فى مدى اعتبارهم للشروط - وإن كان هناك ما يشبه الاتفاق على اعتبار الشرط المتعارف بخاصة ، أرى أنه لا يجب ترك مذهب الظاهرية جملة ، بل يؤخذ به فى عقد الزواج والمذهب الآخر فى العقود المالية .

(١) ضوابط الفقه لأبى البقاء السكفوى د مخطوط .

وذلك لأن عقد الزواج له حرمة وقد استه نظراً لما يكون بعده من أسرة تتطلب الاستقرار والمحافظة عليها مخافة أن تذهب بها الأهواء حين تتحكم في الشروط فضلاً عما في الزواج من جانب العبادة التي تتطلب إذن الشرع والسير على وفق نصوصه وهي في الزواج نصوص أمرة ملزمة .

أما العقود المالية فليس الأمر كذلك ، وبخاصة أن لكل عصر وكل بلد عقوداً وأعرافاً جرى الناس عليها فيكون في منعها وعدم اعتبارها حرجاً ومشقة إذا ما قلنا أنه لا بد لكل عقد أو شرط من نص شرعي يحيزه ولذا جاءت للشرعة الإسلامية بمبدأ الرضا والاختيار في المعاملات والعقود والشروط ما دامت لا تتعارض مع النصوص الشرعية حتى لا تشل حركة التجارة والبيع والشراء التي اتسعت وتنوعت عقودها وشروطها في هذا العصر إلى حد كبير لم يعرف في العصور السابقة ، مما يستدعي وضع حكم شرعي لكل عقد من هذه العقود والشروط . والله تعالى يقول : يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ، وما جعل عليكم في الدين من حرج ،

وقد ذكر ابن قيمية : أن الحنابلة فيما ذهبوا إليه من توسعهم في القول بالشروط حتى تسابر الأعراف والأحوال . وتغير الأزمان لم يخرجوا عن الشريعة فيما جاءت به ، وإن ما قاله الإمام أحمد - رضي الله عنه - في الشروط مبني على آثار بلغته ولم تبلغ غيره . ثم قال : وليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط من أحمد وإن عامة ما يصححه من العقود والشروط له دأبل شرعي خاص من أثر أو قياس فلا يعارض ذلك بأنه مخالف لمقتضى العقد وقد بلغه في العقود والشروط من الآثار عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وعن الصحابة - رضي الله عنهم - ما لم يجده عند غيره ، اهـ

ويقول الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه « ابن حنبل » :

« إن علم أحمد بالآثار كان يسعفه في فتح أبواب للشروط حتى ظن غيره  
من لا يعلم السنة كعلمه أنها مغلفة ، فدراسة أحمد للآثار جعلته يفهم أن  
منطق الفقه الأثرى يوجب الإطلاق والإباحة حتى يقوم الدليل على  
التقييد ، اهـ (١) .

وبعد ذكر أثر العرف في العقود والتصرفات وللشروط المقررة بها إجمالاً  
أذكر بعض المسائل المتعلقة بهذا الموضوع .

### ١ - عقود التولية والمراجعة والوضيعة

لقد ذكر الغزالي في الوجيز والرافعي في شرحه عليه :

« إن الألفاظ المطلقة في العقود إذا اقترنت بها العرف فهو المؤثر في  
بيان ما تدل عليه وذكر منها - التولية والمراجعة والوضيعة ،

والتولية : أن يشتري المرء شيئاً ثم يقول لغيره : وإيتك هذا العقد ،  
فيجوز ويشترط قبوله في المجلس بأن يقول : قبلت أو ، توليت ، ويلزمه  
مثل الثمن الأول الذي اشترى به البائع جنساً وقدرأ وصفة من غير زيادة  
ولا نقص فيه فلا ربح ولا خسارة بالنظر إلى ما دفعه البائع أولاً ممثلاً  
للشيء المبيع .

و « بيع المراجعة » وهو بيع الشيء بمثل الثمن الذي اشترى به البائع  
مع زيادة عن الثمن الذي اشترى به فيربح البائع .

---

(١) يراجع في ذلك سوى ما تقدم - المجموع للنووي بفتح المذهب ج ٩ ص ٣٦٣ ،  
و« في المحتاج شرح المنهاج ج ٢ ص ٣٧ ، وسبل السلام ج ٣ ص ٧ ، ١١ ، ١٦ ، وابن  
حنبل ف. ٢٢٨ ، ٢٢٩ للشيخ محمد أبو زهرة ، والمالكية ونظرية العقد له أيضاً ف. ١٤٩ ،  
والأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى ص ٤١٦ .

و دبيع الوضيمة ، هو البيع بأقل من الثمن الذى اشترى به البائع الشيء .  
المبيع فتلاحقه الخسارة بالنظر إلى الثمن الذى دفعه ، وقد سماه الرافعى فى  
الشرح الكبير تبعاً للغزالي دبيع محاطة ، أى الخط عن الثمن الذى اشترى  
به البائع .

ويشترط فى هذه العقود معرفة الثمن الأول لأن تقدير الثمن فى هذه  
البيوع على أساس الثمن الأول الذى دفعه البائع حتى يتحقق أن الثمن الذى  
يدفعه المشتري أزيد فى بيع المربحة أو مساو فى التولية أو أقل فى الوضيمة ،  
وذلك لأن مبنى هذه العقود على الاحتراز من الحياة وشبهتها فى القيميات .

وكذلك اشترطوا فى هذه العقود أن يكون الثمن مثلياً ، لأن هذه العقود  
لا نعتقد إلا فى المثليات التى لا تتفاوت أفرادها فى القيمة تفاوتاً يعتد به  
فى اصطلاح الناس وعرفهم ، لأنه فى بيع المربحة يضاف إلى الثمن  
ما تعارف الناس إخافه به ويسقط الزائد عن المعروف ويحسب ما عداه  
وفى التولية يباع بنفس الثمن وفى الوضيمة يسقط منه .

ويقول الرافعى فى الشرح الكبير :

إن بيع المربحة يفرض بعبارات أكثرها دوراً على الألسن  
ثلاث :

أحداً : بعث بما اشتريت أو بذلت من الثمن وربح كذا .

الثانية : بعث بما قام على وربح وكذا .

ويختلف حكم العبارتين فى الداخل تحتها وفيها يجب الإخبار عنه .

فإذا ما قال : بعث بما اشتريت لم يدخل فيه سوى الثمن ، وإذا قال :  
بما قام على دخل فيه مع الثمن أجرة الكيال ، والدلال ، والحمال والحارس ،

والقصار والرفا والصباغ وقيمة الصبغ . . وسائر المؤنات التي تلزم للاسترباح والحق بها كراء ، البيت الذي فيه الشيء المباع .

وأما المؤنات التي يقصد بها استبقاء الملك دون الاسترباح فلا تدخل فيه ويقع ذلك في مقابلة المنافع والفوائد المستوفاة من المبيع ، وما يفعله البائع بنفسه كحمل وكيل وغير ذلك فلا يدخل فيه وذلك كله تبعاً للعرف .

والعبارة الثالثة التي ذكرها الرافعي : أن يقول : د بعثك برأس المال وربحك كذا ، وقد حكى فيها رأيان عبر عنهما بقوله : د فالمنذهب الظاهر أنه كما لو قال بما اشتريت لأن السابق إلى الأفهام من رأس المال الثمن ، وعن القاضي أبي الطيب : أنه كما لو قال : بما قام علي وهو اختيار ابن الصباغ ، ١٥ .

وقال الدردير في الشرح الصغير في هذا الصدد :

د وحسب أصل ما زاد في الثمن دون ربحه كأجرة حمل من مكان إلى آخر إذا كانت السلعة في المكان المنقولة إليه أغلى من المنقولة منه ، وأجرة شد وطى الثياب ونحوه أو الأحمال إذا كانت العادة ذلك فإذا لم تجر عادة وكان شأنه فعل ذلك بنفسه فلا يحسب له أجرة وإن أجر عليه ، ١٥ .

وذكر الصاوي في حاشيته :

د إنه يحسب على المشتري ثمن السلعة وربحه ويحسب عليه أجرة الفعل الذي لأثره عين قائمة وربحها ، .

وذكر القرافي في حديثه عن المراجعة في الفرق ما يتبع العقد عرفاً  
وما لا يتبعه .

« وهذا الكلام مع بقية تفاريع هذا الباب كلها مبنية على العوائد  
ولأنا فن أين لنا ما يحسب ويحسب ربحه وعكسه ، ولولا العوائد  
ليكان هذا تحكماً صرفاً ، وبيع المجهول والغرر في الثمن غير جائز  
إجماعاً ، (١) .

فكل ما يتعلق بالمراجعة يرجع فيه إلى العرف والعادة وقد قال  
الكاساني في البدائع (٢) : « لا بأس أن يلحق برأس المال أجرة القصار  
والصباغ والغسال والقتال والخياط والسهمسار وسائق الغنم وعلف الدواب  
ويباع مراجعة وتولية على الكل اعتباراً للعرف لأن العادة فيما بين التجار  
أنهم يلحقون هذه المؤن برأس المال ويعدونها منه ، وعرف المسلمين حجة  
قال النبي - صلى الله عليه وسلم - ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »  
وأما أجره الراعي والبيطار وما أنفق على نفسه في سفره فلا يلحق برأس  
المال ويباع مراجعة وتولية على الثمن الأول الواجب بالعقد الأول لأن  
العادة ما جرت بين التجار بالحق هذه المؤن برأس المال وما أنفق  
على نفسه في سفره لا يلحق به لأنه لا عادة فيه والتعويل في هذا الباب  
على العادة ، اهـ .

ويقول السرخسي : « إن عرف التجار يعتبر في بيع المراجعة فما جرى  
العرف بالحق برأس المال يكون به أن يلحقه به وما لا فلا ، اهـ (٣) .

(١) الفروق ج ٣ ص ٢٨٧

(٢) البدائع ج ٥ ص ٢٣٤

(٣) الميسوط ج ١٧ ص ٨٠

وأخيراً فإن التمويل في هذه العقود على العرف والعادة كما صرح فقهاء المذاهب فيما ذكر ، فإذا جرى عرف التجار بضم شيء غير رأس المال فإنه ينبغي أن يلحق كل ذلك برأس المال من تكاليف السفر والشحن والتفريغ والتخزين والجمارك والتخليص عليها كما هو عرف اليوم وهو المحكم فيما يتعلق بهذه الأمور فما أضافه العرف إلى رأس المال أضيف إليه وإلا فلا .

## ٢ - بيع الأصول كالأرض والدور والحوائيت يلحق بها

ما يندرج تحتها عرفاً

قال القرافي في الفرق بين قاعدة ما يتبع العقد عرفاً وما لا يتبعه :

« وبيع الأرض يندرج تحته الأشجار والبناء دون الزرع الظاهر كما بور الثمار فإن كان كامناً في الأرض اندرج على إحدى الروايتين كما تندرج الحجارة المخلوقة فيها دون المدفونة إلا على القول بأن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها . »

وقال الشافعي - رضى الله عنه - لا يندرج في الأرض البناء الكثير ولا الغرس أى الذى لا يعرف دخوله فيها عادة عند البيع ، وهو أصح القولين عند الشافعية ، كما ذكره الغزالي في الوجيز ، إلا إذا قال : « بيعت الأرض بما فيها . »

ثم قال القرافي : « وأصول البقول كالأشجار والزرع لا تندرج قطعاً ولا البذور وإن كان كامناً والحجارة إن كانت مخلوقة في الأرض اندرجت ، وإن كانت مدفونة فلا ، وعلى البائع النقل والتفريغ وتسوية الحفر ، فإن كانت تتعيب به الأرض أو تعطل به المنفعة في مدة النقل فله



الخيار عند الجهل بذلك فإن أجازته فالأظهر أن له طلب أجره المنفعة في هذه المدة وفي مدة بقاء الزرع وكذلك له طلب أرض العيب ، ا هـ .

وقال المالكية :

« يندرج في لفظ الدار الخشب المسمر والسلم المستقل ويندرج المعدن في لفظ الأرض دون الكنز ، ا هـ .

وقال الإمام أحمد — رضى الله عنه — يندرج في الأرض البناء والغرس وفي لفظ الدار الأبواب والخوازي المدفونة والرفوف المسمرة . وما هو من مصالحها دون الحجر المدفون لأنه كالوديمة وتندرج الحجارة المخلوقة فيها والمعدن دون الكنز ، وعلى كل فالمتبع في كل إقليم عرف أهله وما جرى به تعاملهم .

وعند المالكية إذا باع البناء يندرج فيه الأرض كما اندرج في لفظ الدار التوايت ومرافق البناء كالأبواب والرفوف والسلم المثبت دون المنقولات . ولفظ العبد يتبعه ثيابه التي عليه إذا أشبهت مهنته دون ماله ، ولفظ الشجرة يتبعه الأرض واستحقاق البناء مغروساً والثمرة غير المؤجرة دون المؤجرة .

وقال الإمام أحمد — رضى الله عنه — لا يندرج الأرض في لفظ الشجر ، ووافق الإمام الشافعي والإمام أحمد — رضى الله عنهما — المالكية في الثمار . وقال الإمام أبو حنيفة — رضى الله عنه — هي للبائع مطلقاً .

وجاء في الموطأ قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — « من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع » .

ثم قال القرافي :

لجميع هذه المسائل وهذه الأبواب التي سردها مبينة على العوائد غير مسألة الثمار المؤبرة بسبب أن مدرکها النص والقياس وما عداها مدرکة العرف والعادة ، فإذا تغيرت العادة أو بطلت بطلت هذه الفتاوى وحرمت الفتوى لعدم مدرکها فتأمل ذلك . بل تتبع هذه العوائد كيفما تقلبت كما تتبع العقود في كل عصر وحين ، اه (١) .

### ٣ - بيع الثمر على الشجر

من العقود التي بنى جوازها على العرف بيع الفواكه والثمار على الشجر مما لا يظهر دفعة واحدة بل يوجد شيئاً فشيئاً بالتتابع - أى يوجد لفظة لفظة .

وقد اشترط المالكية كما ذكر الشيخ خليل : د ظهور الصلاح وبدوره والتهو للضج وفي ذرى الثمر كالورد ونحوه بانفتاحه وفي البقول بإطعامها وهذا شرط لا بد منه في الجميع (٢) .

وقد ذكر ابن القيم في إعلام الموقعين : إن جواز بيع الثمار على الأشجار إذا بدأ صلاحها دفعة واحدة لتعامل الناس به هو مذهب الليث بن سعد - رحمه الله تعالى - وفي إجازة هذا البيع تخفيف على الناس ومصلحة وتيسير لمعاملتهم ومبادلاتهم التجارية (٣) .

---

(١) تراجع الفروق ج ٣ ص ٢٧٦ - ٢٧٨ ودرر الأحكام ج ٢ ص ١٤٩ ، ١٥٠ والفرح الكبير لرافى بهامش المجموع للنووى ج ٩ ص ١٨ - ٤٠ - ٦٣ ، وما بعدها .  
والصاوى على الدردير ج ٢ ص ٧٦ والبهجة ج ٢ ص ١٢ .

(٢) الدردير على خليل ج ١ ص ٨ .

(٣) تراجع إعلام الموقعين ج ١ ص ٣٦٠ .

وقال عز الدين بن عبد السلام في قواعد الأحكام (١) :

« إذا باع ثمرة قد بدا صلاحها فإنه يجب إبقاؤها إلى أن جذاذها  
والتمسك من سقيها بما فيها الآن هذين مشروطان بالعرف فصارا كما لو شرطهما  
باللفظ . . فإن قيل : فلم يصح هذا الاشتراط . هنا ، قلنا : لأن الحاجة  
ماسة إليه وحاملة عليه فكان من المستثنيات تحصيل المصالح هذا  
العقد ، اهـ .

وظاهر مذهب الحنفية : أن هذا العقد غير جائز للجميع فيه بين  
الموجود والمعدوم ، ومن القواعد المقررة في مذهبهم أن المعدوم لا يقبل  
البيع وخاصة الموجود من الثمن مجهولة غير معلومة فلا يمكن تصحيحه  
بالنسبة للموجود من المبيع فلا يجوز العقد ، ولكن ذكر البرخسي في  
المبسوط أن محمد بن الحسن أجاز بيع الورد على الأشجار ونحوه بما يتلاحق  
وجوده ويتتابع ظهوره شيئاً فشيئاً .

وكذلك أفتى بعض علماء الحنفية بجوازه مثل شمس الأئمة الحلواني  
ومحمد بن الفضل حيث تعورف عليه وتعامل به الناس في بيع ثمار الكروم  
بهذه الصفة ، وعللوا ذلك : بأن عادة الناس للتعامل به وفي نزاع الناس عن  
عادتهم المألوفة ، في المبادلات المالية حرج بين وعسر شديد وبذلك عدلوا  
عن ظاهر المذهب ، ويقول ابن الفضل في ذلك :

« أستحسن - فيه الجواز - لتعامل الناس فإنهم تعاملوا ببيع ثمار  
الكروم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزاع الناس عن عادتهم  
حرج بين ، .

ويقول الشيخ أحمد فهمي أبو سنة في هذا الصدد :

« وكون هذا من بيع المعدوم المنهى عنه وتصريح ظاهر المذهب بطلانه لا يمنع ما أفتوا به لأن العرف كما علمنا يخص الأدلة ويعدل به عن ظاهر المذهب وقول السرخسي : لا ضرورة تمنع من العمل بظاهر المذهب ممنوع ، ا هـ .

وعلى ذلك فإن الحرج المترتب على منع ما اعتاده الناس مسوغ لمخالفة الحلواني وابن الفضل لظاهر المذهب تبعاً للإمام محمد بن الحسن

وقد ذكر ابن عابدين أن هذا يرد إلى ذلالة النص المبيح للسلم ، وهو قوله - يُطْلَقُ - « من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » فإنه رخص في بيع المعدوم في السلم للحاجة وهذه الحاجة موجودة في مسألتنا .

والراجع ما ذهب إليه الإمام مالك - رضي الله عنه - وبعض أصحاب الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - وابن القيم وشمس الأئمة الحلواني ومحمد بن الفضل ، وهو ما ذهب إليه الإمام الشافعي - رضي الله عنه - وإن اختلف التعبير عن جواز المسألة فإن كلا من الضرورة والعرف يخصمان الأدلة وهما مستند الفتوى والحكم في هذه المسألة ، ويؤيد القول بهذا الرأي ملامته لمقاصد الشريعة لمسا فيه من التيسير ورفع الحرج ، وكذلك قالوا : إن القياس يترك على طريق الاستحسان بالعرف والضرورة والحاجة الماسة إلى مثل هذا النوع من التعامل .

وأما لو باع الشجر دون الثمر فقد ذكر جمهور الفقهاء : أنه ليس لمشتري الأشجار أن يكلف البائع قطع الثمار بل له الإبقاء إلى أن انقطع ،

والجذاذ تبعاً للعرف إلا أن شرط القطع في الحال — وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة .

وقال الإمام أبو حنيفة - رضى الله عنه - يلزمه القطع في الحال ولو شرط الإبقاء ففسد العقد .

« ورد أن مطلق العقد محمول على المعتاد . والمعتاد في الثار الإبقاء وإذا كانت الثمرة من نوع يعتاد قطعها قبل النضج يكلف القطع . لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ،

وأما قول الحنفية : إن شرط إبقاء الثمر إلى نضجه يفسد العقد . فإرد عليه : بأن هذا يخالف لما قلتموه ، من أن الشرط المتعارف والذي هو من مقصود العقد مستثنى من النهى عن بيع وشرط . وعلامة سبب النهى ، بأن الشرط قد يفرض إلى النزاع بين العاقلين ، وأما الشرط المتعارف فإنه لا يكون مفضياً إلى النزاع وقلتم كذلك أن العرف قاض على القياس وعلى ذلك يكون قول الجمهور في هذه المسألة موافق لأصل الحنفية في اعتبار العرف في التشريع لا يختلف معه .

يقول الرافعي في الشرح الكبير :

« وعندنا مقتضى الإطلاق والإبقاء بناء على العادة كما تنزل الدرهم المطلقة على النقد الغالب والإجارة المطلقة على المنازل الموهودة في الطريق والتسليم يجب بحسب العادة ، ألا ترى أنه لو باع دار فيها أمتعة كثيرة لا يلزمه نقلها في جنح الليل وأن يجمع كل حال في البلد لتعجيل التسليم وإن كان ينقل على العادة ، اهـ .

وعلى هذا فالقول باعتبار العرف في هذه المسألة هو الموافق لرأى

الجمهور وأصول الشريعة وقواعدها العامة مراعاة للضرورة ورفع الحرج عن المكلفين<sup>(١)</sup>.

#### ٤ - مما يتعلق بعقد البيع

« الخيار في البيع ، و « العيوب في المبيع ، و « القول في نمن المبيع ، و « الغبن في البيع ، وهذه المسائل للعرف أثر كبير في بيان أحكامها . وتفصيل ذلك فيما يلي :

#### أولاً : الخيار في البيع وهو أنواع :

١ - خيار الشرط وهو أن يشترط أحد العاقدين الخيار مدة من الزمن .

٢ - خيار الرؤية ، وهو أن يشتري ما لم يره ويرده باختياره .

٣ - خيار المجلس ، وهو أن يكون لكل من البائعين الخيار ما لم يتفرقا .

٤ - خيار العيب ، وهو أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب ، وسيأتي الحديث عنه في المسألة التالية « العيوب في المبيع » .

( ١ ) أما خيار الشرط فهو أن يشترط أحد المتبايعين على الآخر أنه لا يتم العقد بينهما حتى يختبر الشيء المبيع ويعرف هل وافق للصفة التي يريد شرائه عليها أم لا ، وهو جائز الوقوع وأن البيع يعتبر موقراً على ما يحدث بعد المدة التي اشترطت للخيار .

---

(١) يراجع في ذلك سوى ما تقدم : رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٣٩ والبسوط المتوخى ج ١٢ ص ١٩ وما تقدم في العرف وتخصيص العام « والعرف والقياس » والعرف والاستحسان » .

(٢) وأما خيار الرؤية وهو أن يشترط رؤية المبيع أو أنموذج منه .  
ويعتبر العقد موقوفاً إلى أن يرد المبيع أو يشتريه باختياره .

وقد قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فيما أخرجه البيهقي  
وابن أبي شيبة عن مكحول مرسل : من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا  
رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه . .

فهذا الحديث قد أثبت الخيار المشتري إذا كان لم ير الشيء المبيع ويعرفه  
حقيقته فإن كان قد رآه فلا خيار له بالشرط . إذا اشتراه ووقع العقد بينه  
وبين البائع حملاً بالأصل في البيع .

وقد ذكر النووي في المجموع بعد أن ذكر بعض الأحاديث في هذه  
المسألة وبين ضعف إسنادها إن أقوى ما يحتاج به في ثبوت الخيار الإجماع  
حيث يقول : بعد أن أورد حديث ( إذا بايعت فقل لا خلافة ) . ( اعلم  
أن أقوى ما يحتاج في ثبوت خيار الشرط الإجماع ، وقد نقلوا فيه الإجماع  
وهو كاف ) . ثم ذكر أن الحديث المذكور يحتاج به وإن كان مرسل لأن  
الإمام الشافعي - رضى الله عنه - يقول : ( إن المرسل إذا اعتضد  
بمرسل آخر أو بمسند أو بقول بعض الصحابة أو بفتيا عوام أهل العلم  
احتج به وهذا المرسل قد وجد فيه ذلك لأن الأمة مجمعة على وجوب شرط  
الخيار ثلاثة أيام ) اهـ .

والخيار الذي يشترط لمعرفة الشيء أو المبيع أو رؤيته ، إما أن يتحقق  
برؤية الكل أو برؤية البعض ، فالأول مثلاً أن يشتري ثوباً ويراه . .  
وفي رؤية البعض أن يرى بعض ما لا تتفاوت آحاده كالكلبي والوزني  
والعددي المتقارب .

والضابط في ذلك يرجع للعرف عند البيع برؤية المبيع أو بعض منه فإذا ما رأى الشيء المبيع ورضيه سقط الخيار .

ويسقط الخيار للمشتري بالرضا صراحة أو دلالة بعد الرؤية كما يسقط ما هو جرب حقاً لا غير كما لو باع الشيء الذي اشتراه قبل رؤيته ، ويعال ذلك بأن الخيار شرع لدفع الضرر عن المشتري إذ قد يجد ما اشتراه لا يصلح له أو غير ملائم لحاجته حيث لم يره ، فإذا ألزم به فإنه يتضرر . ومن قواعد الشريعة الإسلامية الدالة على نفي الضرر ( لا ضرر ولا ضرار ) و ( الضرر يزال ) وذلك بقدر الإمكان .

وكذلك إذا باع البائع ما لم ير لا يثبت له الخيار بنص الحديث المتقدم ، لأن الحديث لم يثبت له إلا لمن اشترى ، ووجه ذلك أن غاية الشراء عادة هي استعمال عين الشيء في سد حاجة المشتري وقد يقين أنه غير ملائم لهذه الحاجة بخلاف البائع فإن حاجته إلى الثمن لا إلى عين المبيع فلا يتأتى في جانبه هذا الاعتبار .

أما في اشتراط الخيار إلى أجل في الشيء المبيع فقال المالكية :

يكون الأجل بقدر ما يختبر فيه الشيء المبيع عادة وعرفاً ، إذ أصل العقد الصحة لولا الجمالة وقد أمكن رفعها بعد اختبار المبيع حسبما يقتضيه العرف والعادة .

وأما إذا كان الأجل غير معلوم فإن البيع فاسد ويرد الشيء المبيع إذا كان موجوداً ويضمن المشتري قيمته إذا مات أو تلف ، أما إذا كان الأجل معلوماً بالعرف أو حال السلعة ولم يضربا له أجلاً جاز البيع ، وقد جاء في المدونة :



« من ابتاع شيئاً بالخيار ولم يضرباً له أجلاً جاز البيع وجعل له من الأمد ما يذبح في تلك السلعة » .

أما الشافعية فتد ذكر النووي في المجموع :

« إنه يصح شرط الخيار بالإجماع إذا كانت مدته معلومة ، ولا يجوز عند الشافعية أكثر من ثلاثة أيام مبيناً أن ذلك دل عليه الحديث الشريف ، ولأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر من ذلك غالباً ، ثم قال :

« وكان مقتضى الدليل منع شرط الخيار لما فيه من العذر ، وإنما جوز للحاجة فيقتصر فيه على ما تدعو إليه الحاجة غالباً وهو ثلاثة أيام ، وهذا هو المشهور في المذهب وتظاهرت عليه نصوص الشافعي — رحمه الله تعالى — وقطع به الأصحاب في جميع الطرق ، وفيه وجه أنه يجوز أكثر من ثلاثة أيام ، إذا كانت مدة معلومة ، وهو قول ابن المنذر ، قاله في الإشراف ، واحتج بقول النبي — صلى الله عليه وسلم — « المؤمنون على شروطهم ، اهـ » .

وقول ابن المنذر يكاد يتفق ورأى المالكية ، لأنه حيث ترك بيان المدة فذلك في الغالب يرجع إلى العرف والعادة في اختبار الشيء المبيع ، وهذا هو الذي يتفق وروح الشريعة وطبيعة الأشياء ، فجوازه في كل شيء بقدر الحاجة إلى الاختبار فيه ، وهو مذهب الإمام أحمد وأبي يوسف ومحمد ابن الحسن وإسحاق بن راهوية وأبي ثور وغيرهم .

وذكر الفقهاء أن البوع التي يشترط فيها التقابض في المجلس كالصرف وبيع الطعام بالطعام أو يشترط فيها القبض في أحد العوضين كالسلم لا يجوز شرط الخيار فيها إلا خلاف .

قال صاحب المذهب :

« ويجوز شرط الخيار ثلاثة أيام في البيوع التي لا ربا فيها ، فأما في البيوع التي فيها الربا وهي الصرف وبيع الطعام بالطعام ، فلا يجوز فيها شرط الخيار لأنه لا يجوز أن يتفرقا إلا عند قبض العوضين فلو جوزنا شرط الخيار لتفرقا ولم يتم البيع بينهما ، اهـ .

٣ - خيار المجلس :

يشترط في البيع الخيار عند العقد فإن لم يشترط فلا خيار ولو بالمجلس عند المالكية وأبي حنيفة وهو قول الفقهاء السبعة لما ورد فيما رواه عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال :

« إذا تبايعا الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكأنا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فإن خير أحدهما الآخر فتابعا على ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع ، .

وقد ثبت خيار المجلس بهذا الحديث عن جماعة من الصحابة منهم على - كرم الله وجهه - وابن عباس وابن عمر - رضى الله عنهما - وغيرهم وإليه ذهب أكثر التابعين والفقهاء وقد قالوا : « إن التفرق الذي يبطل به الخيار هو ما يسمى عادة تفرقاً ، .

وقد قال المالكية : « إن التفرق هو التفرق بالقول ، ومتى تفرق المتبايعان بالقول فلا خيار إلا إذا شرط مستدلين بقوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، وقوله تعالى : « وأشهدوا إذا تبايعتم ، . والإشهاد إن وقع قبل التفرق لم يصادف محله ، وإن وقع بعده لم يطابق الأمر - أى أن ذلك يكون أثناء حصول العقد الذى يتم بالقول من البائع

والمشتري أو الإيجاب والقبول ، ولما كان الحديث يحتمل أن يكون قوله - صلى الله عليه وسلم - « ما لم يفترقا » أى من مجلس البيع ويحتمل التفرق بالقول رجعنا إلى العرف ، وكان عرف أهل المدينة التفرق بالقول ، وعلى ذلك فإنه متى تم الإيجاب والقبول بين العاقدين وأخذ البائع الثمن والمشتري الشيء المبيع فلا خيار بعد ذلك ، وهذا هو قول فقهاء الحنفية والناظرية والإمامية وقال ابن حزم : لا فلم لهم سلفاً إلا إبراهيم النخعي .

وقال غيرهم : إن الخيار خيار المجلس ، وهو يمتد إلى حدوث التفرق بالأبدان ، وهو مذهب الإمام الشافعي والإمام أحمد وإسحاق بن راهوية ، والإمام يحيى من الزيدية واستدلوا بقوله - صلى الله عليه وسلم - « البيمان بالخيار ما لم يتفرقا » فحمل التفرق على التفرق بالأبدان .

ولكن قال النووي في المجموع ، بعد أن ذكر خلاف الفقهاء فيما بعد تفرقاً لا خيار بعده ( قال أصحابنا ، والرجوع في التفرق إلى العادة فإما عده الناس تفرقاً فهو تفرق ملتزم للعقد وما لا فلا ) اهـ .

ولما اشترطوا في البيوع قبض الشيء المبيع وقد ورد القبض في الشرع مطلقاً ، قالوا : يرجع في القبض إلى العرف ، وقال النووي قال أصحابنا :

« الرجوع في القبض إلى العرف وهو ثلاثة أقسام :

أحدهما - العقار والثمر على الشجر فقبضه بالتخلية .

الثاني - ما ينقل في العادة كالأخشاب والحبوب فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به .

الثالث - ما يكون بالتناول باليد كالدرهم والدنانير والمنديل والثوب

ونحو ذلك فقبضه بالتناول، (١).

#### ٤ — خيار العيب أو العيوب في البيع :

إن عقد البيع المطلق عن قيد البراءة أو السلامة في المبيع ينصرف إلى أن المبيع سليم من العيوب ويحمل على السلامة والمشتري إذا وجد عيباً أن يرجع على البائع إذا كان العيب مما ينتضى المبيع إذا اطلع المشتري على العيب بمسلم المبيع ، ولم يكن قد رأى العيب أثناء القبض ، أو وقت إنشاء العقد أو رآه ولم يعلم أنه عيب في عرف التجار وأرباب الخبرة . وإذا شاء المشتري أخذ المبيع ولا يردده إلى البائع ويسترد منه الثمن فهو على ما أراد . وقد يشترط المشتري أنه إذا وجد المبيع معيباً أن يردده إلى بانهه وهذا هو خيار العيب .

وقد ثبت حق الرد للمشتري في حالة وجود العيب لئلا يتضرر بالزامه بأخذ شيء لم يرض به والبيع لا يقوم إلا على الرضا من العاقلين .

وإذا كان المبيع معيباً ولم يبين البائع للعيب كان تقريراً بالمشتري وكل بيع فيه غرر أنواع وحرام : وقد قسم المالكية العيب إلى قسمين :

أحدهما — ظاهر لا يخفى عند تقليب الأشياء المبيع أو النظر إليه سواء أكان ذا بصيرة بالعيوب أو لا .

---

(١) يراجع في ذلك الخطاب على خليل ج ٢ ص ٤٦٥ ، وشرح القرشي على خليل ج ٥ ص ٨٣ والبهجة ج ٢ ص ٦٤ وقواعد الأحكام ج ٢ ص ٨٤ والمجموع لتتوي بشرح المذهب ج ٩ ص ١٧٠ ، ١٨٢ ، ١٨٨ ، والبحر الرائق ج ٦ ص ٢٥ ، وما تقدم في الباب الأول ص ٤٦ والبدائع ج ٥ ص ٢٧٣ والواد ( ٣٢٠ — ٣٣٥ ) من المجلة والمدخل الفقهي في التلخيص للزرقا ج ١ ص ٣٦٩ .

الثاني - قسم يخفى ولا يعرف إلا أصحاب البصر بالعيوب ، وهذا القسمان يثبت بهما الرد .

هذا والمعول عليه والمرجوع إليه في معرفة العيب وتقديره هو العرف والمادة فكل ما أوجب نقصان القيمة في عرف أهل الخبرة عند أصحاب الدراية بالسلعة المباعة كالصناع والتجار والزراع وغير ذلك رد به المبيع ، وذلك لأن أرباب كل صناعة أو تجارة لهم خبرة في عيوبها وما يوجب النقص فيها ، فإذا ما قرروا أن في المبيع عيباً يستوجب نقص الثمن في عرف الناس وتعاملهم يثبت للمشتري حق رده إلى البائع واسترداد ما دفعه من الثمن .

وفي نفي العيب يكون القول للبائع في نفي العيب أو قدمه إلا بشهادة عادة المشتري ويحلف من لم يقطع بصدقه ، وقال المالكية : ويقبل في هذه شهادة غير العدول للمدعي .

وإذا كان المبيع من المحبوب كالقمح والقمير والسهم ووجد المشتري أن بعض المبيع فاسد غير صالح فإذا كان الفاسد لا يهر كثيراً في العادة والعرف فالمبيع صحيح ولازم ولا يكون للمشتري حق رده إلى البائع ، لأنه قلما تخلو هذه الأشياء من كون بعضها غير صالح ولا يمكن الاحتراز عنه . وقد جرى العرف بذلك إلا إذا زاد الفاسد عن المعتاد فإنه يرد لأن ذلك لا يتسامح فيه عادة . وقال الحنابلة :

ويثبت خيار العيب للمشتري بالعيوب الموجبة لنقص المسالية في عادات التجار لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفته المالية فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً ، والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف التجار ، اهـ . وكذلك إذا كان الشيء عيباً في العادة رد به المبيع فإذا تغيرت

العادة بحيث لم يعد بعد هيباً لم يرد به المبيع فالمرجع في ذلك للعرف والعادة (١).

### ثالثاً - القول في ثمن المبيع :

إذا عين العاقدان مقدار الثمن دون الوصف ووجدت في بلد البيع أنواع من النقود مختلفة في المالية والرواج أو مختلفة في أحدهما دون الآخر انصرف الثمن إلى النقد الغالب في التعامل بين الناس في بلد البيع .

ومثال ذلك إذا كان التعامل في بلد بالجنيه المصرى والدولار والجنيه الاسترلينى ، فإن كانت هذه الأنواع متساوية في المالية والرواج أو مختلفة فيهما أو متساوية في أحدهما دون الآخر فإن البيع يفسد في حالة واحدة ، وهى ما إذا اختلفت في المالية دون الرواج .

وذلك لأن النقد المطلق في هذه الحالة لا يمكن صرفه إلى نوع دون غيره لما يلزم عليه من ترجيح أحد الأنواع من غير مرجح ويكون تعيين أحدهما تحكما ، كما أصبح في الثمن نوع غرر وجهالة مما يقضى إلى النزاع بين المتعاقدين لأن البائع يريد أخذاً الأكثر في المالية دائماً والمشتري يريد دفع الأقل فلا يتحقق المقصود من مشروعية العقد وهو دفع حاجة العاقدين بلا منازع بينهما ، وحينئذ يشترط تعيين الثمن أو النوع الذى يدفع منه وإلا فسد العقد .

وأما في الصور الباقية فيصح البيع ، وهى ما إذا كانت النقود متساوية

(١) يراجع في ذلك سوى ما تقدم « الهجة نرح التحفة » ج ٢ ص ٤٠ ، ١٠٨ .

والفرح الكبير على القمع مع المفتى لابن قدامة ج ٤ ص ٧٦

في المالية والرواج في هذه الحالة يدفع المشتري أى نوع منها ، وإذا اختلفت في المالية والرواج ، ما يتعين الأغلب تبعاً للعرف .

ويقول الإمام القرافى - رضى الله عنه - في الأحكام :

« إن المعاملات إذا أطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقود ، فإذا كانت العادة نقداً معيناً حملنا الإطلاق عليه . فإذا انتقلت العادة إلى غيره عيناً ما انتقلت العادة إليه وأنغينا الأول لانتقال العادة عنه ، اهـ .

ويذكر الزيلعى أن مطلق الثمن ينصرف إلى الغالب في النقد ، لأن ما جرى به التعامل كأنه نص عليه في العقد فيقول في تعيين الحقائق :

« إن مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد وينصرف إلى التعامل به في البلد ، لأن المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص ، اهـ .

ويقول الشيرازى في المذهب :

« ولا يجوز البيع إلا بشمن معلوم الصفة فإن باع بشمن مطلق في موضع ليس فيه نقد متعارف لم يصح البيع لأنه عوض في البيع فلم يحز مع الجهل بصفته كالمسلم فيه فإن باع بشمن معين معين لأنه عوض فتعين بالتعيين كالمبيع ، اهـ .

ويقول النووي في شرحه لهذه العبارة :

« فان كان في البلد نقد واحد أو نقود لكن الغالب واحد منها انصرف العقد إلى ذلك النقد الواحد أو الغالب ، وإن كان فلوساً انصرف إليها عند الإطلاق ، صرح به البغرى والرافعى وغيرهما ، فإن عين ذلك في العقد تعين ، اهـ .

وما فرعه النووى بعد ذلك من مسائل فى هذا الموضوع يفهم منها :  
« أن مطلق الثمن ينصرف إلى النقد المتعارف أو الغالب إن كانت هناك  
نقود متعددة أو مختلفة ، إلا أنه قال : « إذا كان فى البلد نقدان أو نقود  
لا غالب فيها - بمعنى أنها متساوية فى المالبية والرواج - لم يصح البيع  
هناك حينئذ تقداً منها ، وهذا لا خلاف فيه - أى عند الشافعية -  
لأنه ليس بعضها أولى من بعض ، اهـ .

ويمكن الرد على ذلك ، بأن السبب الذى يمنع من صحة البيع فى حالة  
عدم تعيين الثمن أو الجهل به المؤدى إلى الغرر غير متحقق فى هذه الصورة  
حالما تساوت النقود ولم يغلب نوع منها على الآخر ، وعليه فلو دفع أى  
نوع منها جاز .

ولما إذا كان الثمن عروضاً فهل ينصرف عند الإطلاق على النوع  
الغالب كالنقود أم فيه خلاف ؟

قال بعض الفقهاء إنها كالنقود فيما ذكر ، وقال بعضهم ليست كالنقود  
لأنها تختلف بخلاف النقد فإنه لا يختلف ، وقد مال النووى فى المجموع  
إلى رأى الأول ومثل المسألة ، بأن يبيع صاعاً من الحنطة بصاع منها أو  
شعير فى الذمة ، وتكون الحنطة والشعير الموجودان فى البلد صنفاً معروفاً  
أو غالباً لا يختلف ثم يحضره بعد العقد ويسلمه فى المجلس .

وقد ذكر الفقهاء أنه إذا باع بتقد متعارف ثم انقطع النقد فيجوز  
استبداله بالنقد الجديد ، وقال بعضهم : إن البائع مخير إن شاء أجاز البيع  
بذلك النقد وإن شاء فسخ العقد ولو جاء المشتري بالنقد الجديد لم يلزم  
البائع قبوله ، وهذا هو قول الشافعية ، وهذا يمكن أن يقال فيما إذا  
اختلف النقدان أما إذا اتفقت مالبتهما وراج الثانى ، وجرى به التعامل



بين الناس فيجب على البائع حينئذ قبول النقد الجديد ولا ينفسخ العقد ،  
وهذه لإحدى الروايتين عن الإمام أبي حنيفة — رحمه الله تعالى — وهو  
الذي أميل إليه .

ومما خرج به الفقهاء على ذلك : أنه إذا باع في بلد يتعامل أهلها بنقد  
معين ثم أتى البائع المشتري في بلد لا يتعامل فيه بذلك النقد فرفع إليه  
النقد المعقود عليه فامتنع عن قبضه وأراد أن يأخذ الثمن من نقد البلد الذي  
لقيه فيه فهل له الامتناع عن قبضه ؟ ذكر النووي في هذه المسألة  
ثلاثة أوجه :

الأول : وهو الصحيح عند الشافعية ليس له الإمتناع بل يجبر على  
أخذه لأنه الماعقود عليه كما لو باعه بمحطة فلم يقبضها حتى رخصت .

الثاني : لا يجبر على أخذها وله الإمتناع منه كما لو سلم إليه في  
موضع مخوف .

الثالث : إن كان البلد الذي يدفعه فيه لا يتعامل الناس فيه بذلك النقد  
أيضاً لم يجب عليه وإن كانوا يتهاملون به بوكس لزمه أخذه وأجبر عليه .

### تأجيل الثمن أو تعجيله :

إذا لم يبين في عقد البيع أن الثمن مؤجل أو معجل انصرف إلى أن  
الثمن معجل فيجب على المشتري دفع الثمن لأن مقتضى النقد إذا أعلق  
وجوب تعجيل الثمن حيث لم يشترط تأجيله لأن المشتري استوفى حقه  
بأخذ المبيع وتسلمه فيستوفي البائع حقه في أخذ الثمن . وهذا إذا لم يوجد  
عرف للعاقدين بتأجيل الثمن أو بعرضه إلى أجل معلوم لأن التأجيل إلى  
أجل مجهول لا يجوز .

ولو كان الأجل إلى العطاء أو الحصاد مثلاً . مما يعرف أنه يقع في مدة معينة فقد اعتبره الشافعية من الأجل المجهولة ، وقد روى ذلك عن ابن عباس وأبي حنيفة - رحمهما الله تعالى .

وقال الإمام مالك وأحمد وأبو ثور - رضى الله عنهم :

« يجوز البيع بثمن إلى الحصاد والعطاء والدياس ونحو ذلك لأنه معروف ، وقد جرى تعامل الناس بذلك . قال ابن المنذر من الشافعية : وقد روينا ذلك عن ابن عمر - رضى الله عنهما - كما قال ابن أبي ليلى : إذا باع إلى العطاء صح وكان الثمن حالاً ، اهـ .

وهذا المذهب نظر إلى أن الأجل هنا ليس مجهولاً بالمعنى الذى يؤدي إلى الجحالة والغرر المنهى عنهما شرعاً وذلك لأنه يقع في مدة معلومة ومعينة ، وجريان التعامل به يرجح الأخذ به .

وأخيراً فإنه إذا جرى العرف بتأجيل الثمن أو بعضه فإنه يعمل بموجب العرف والعادة في ذلك إلا إذا اشترط خلاف ما جرى به العرف فإنه يعمل به ولا اعتبار للعرف حينئذ (١) .

#### رابعاً - الغبن فى البيع :

الغبن هو شراء السلعة بأكثر من القيمة بكثير ، أو بيعها بأقل من القيمة فيغبن البائع فذلك من المشتري والبائع القيام بالغبن إذا وقع عليهما .

---

(١) راجع فى ذلك الخطاب على خليل ج ٤ ص ٤٧٠ والبهجة شرح النخعة ج ٢ ص ٦٦ والأحكام للقرايى ص ٦٨ والشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٤ وما بعدها واللاذة (٢٥١) من المجلة وبصرة الحكم لابی فرحون ج ٢ ص ٦٥ وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٥ والمجموع للنووى ص ٣٢٨ - ٣٤٠

والغبن إما يسير وإما غير يسير .

أما الأول : فقد يوجد في أغلب المعاملات وغالباً ما يتسامح الناس في مثله ، وقال الفقهاء ، في الغبن اليسير إنه ما كان داخلاً تحت تقويم المقومين — أى تقدير الخبراء للبيع ، فإذا باع شيئاً بتسعين وقومه أحد الخبراء بقسمين والآخر بثمانين ، والثالث بمائة كان يسيراً لأن النقص ليس متحققاً .

وأما غير اليسير : وهو الغبن الفاحش ، فهو ألا يكون داخلاً تحت تقويم المقومين .

ومن الفقهاء من قدر الغبن الفاحش حسب نوع المال لحدده في العروض بما يعادل نصف العشر وفي الحيوان بالعشر ، وفي العقار بالخمس ، فإذا لم يصل الغبن إلى هذا الحد كان يسيراً وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بهذا الرأي في المادة (١٦٥) .

أما الإمام أحمد — رضى الله عنه — فقد قال : لا تحديد للغبن وترك ذلك للعرف والعادة ، وقال الإمام مالك — رضى الله عنه — في الغبن الفاحش ، إنه ما بلغ الثلث لقوله — صلى الله عليه وسلم — « وء الثلث كثير » والحديث وإن ورد في غير البيع إلا أنه لا يمنع من الدلالة على المطلوب .

ولكن مشهور مذهب المالكية : يوافق مذهب الإمام أحمد — رضى الله عنه — حيث قالوا : « إنه يرجع في ذلك إلى العرف والعادة إذا باع بما لا يتغابن الناس بمثله ولو دون الثلث » .

وقال صاحب الشرح الكبير على المقنع من الخاتمة :

« ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد — رضى الله عنه — وحدده بعضهم بالثلث وهو قول مالك — رضى الله عنه — لقوله — صلى الله عليه وسلم — « والثلث كثير » وقبل السدس ، والأولى تحديده ، بما لا يتفان الناس به عادة ، لأن ما لم يرد الشرع بتحديد يراجع فيه إلى العرف اهـ .

فالعرف في ذلك هو الماعول عليه في بيان الغبن الفاحش أو اليسير ، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء (١) .

#### ٥ — أثر العرف في عقد الزواج وما يتعلق به

١ — أن عقد الزواج من أهم العقود شأناً وأعظمها أثراً في حياة الإنسان ، حيث أنه يعتمد على عمل الدوام والبقاء ، وقد كانت عناية الشارع به عناية كبيرة لأهميته وخطره ، والنكاح يترتب عليه من الآثار وما يبقى بقاء الزمان من قبوت النسب وربط العائلات بعضها ببعض عن طريق المصاهرة بين الآثار وثبوت التوارث بينهما ، ولذا احتاط الشارع فيه أكثر من غيره من العقود وخصه من بينها بالإشهاد عليه وإعلانه .

ومع ذلك فإن للعرف اعتباراً في صيغته عند الفقهاء « كما سلف في الكلام على الصيغ والعرف » (٢) .

#### ٢ — وأما الشروط في عقد الزواج ، وهى على ضوء ما تقدم في بحث

---

(١) يراجع البهجة ج ٢ ص ١٦٦ والبدائع ج ٦ ص ٣٠ والشرح الكبير على متن المقنع

ج ٤ ص ٢٦

(٢) يراجع ما تقدم في بحث صيغة التصرف .

الشروط في العقود عموماً ، فالشروط الصحيحة يجب الوفاء به وغيره لا يجب الوفاء به .

ومن الشروط الصحيحة الشرط المتعارف ، كاشتراط تأجيل المهر أو نصفه أو تأجيل بعضه لأقرب الأجلين ، الطلاق أو الموت ، فإن الشرط صحيح ويجب العمل بموجبه إذا جرى بذلك عرف .

هذا وللزوجة الامتناع عن طاعة زوجها ما دامت لم تقبض المهر عن الصداق عرفاً وتستحق النفقة حتى تقبضه ولا تعد ناشراً .

ويتأكد الشرط في الزواج بقول النبي ﷺ :

« إن أحق الشروط أن توفرا به ما استحللتم به الفروج » .

أما للشرط الفاسد فإذا اقترن بعقد النكاح فإنه يكون لاغياً ويصح العقد (١) .

### ٣ — اعتبار الكفاءة في الزواج :

إن الشريعة الإسلامية بتشريعاتها التي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بعقد الزواج راعت مصالح الأسرة وأرشدت إلى ما يضمن تحقيقها ، ومن ذلك « الكفاءة في الزواج » ولم تجعل الكفاءة شرطاً فيه بل تركت ذلك للأولياء فإن شاءوا تمسكوا بها وإن شاءوا تركوها .

وصفات الكفاءة التي ذكرها الفقهاء كما يؤخذ من كلامهم ستة ، وإن لم يتفقوا عليها كلها ، فقد ذكر ابن القاسم — من المالكية : أن الكفاءة في الزواج بعد الإسلام تكون :

(١) راجع ما تقدم في « العرف والشروط المقترنة بالعقد » .

١ — المال ٢ — الحال وزاد ابن الماجشون ٣ — الدين بمعنى الإسلام وعدم الفسق ٤ — واعتبرت أيضاً الحرية « . . أما الحال فهو السلامة من العيوب . والمال بأن لا يكون فقيراً فقراً يهجزه عن دفع الصداق والنفقة على الزوجة وما سوى ذلك من حقوق الزوجية .

وهذه الأربع لا بد منها على الراجح من مذهب المالكية وإن كان فيها خلاف عدا الإسلام .

وذكر بعضهم « الحرفة والنسب » فتكون الكفاة في هذه الأمور الستة وهي :

« الإسلام والديانة » بمعنى الصلاح والاستقامة و « النسب والحرية والمال والحرفة » .

وهذه الصفات منها ما ثبت بالنص مثل قول النبي ﷺ : « إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير » . فصفة الدين والخلق أهم صفاتها .

وما لم يثبت فيه نص من صفات الكفاة فإنه يرجع فيه إلى العرف . وصرح الشوكاني في نيل الأوطار : أن الكفاة في النسب لم يثبت فيها نص من الشارع .

وقال الفقهاء : إن الكفاة في النسب معتبرة بالنسبة إلى العرب إلا بالنسبة للأعاجم وعلموا ذلك بأن العرب يتفاخرون بالأنساب ويحافظون عليها ويمتزون بها بخلاف غيرهم . ولو وجد عند غير العرب اعتزاز بالأنساب مثل طبقات النبلاء وغيرهم في بعض الأمم فإنه تعتبر الكفاة في النسب وكذلك في الحرفة — بما عرفت دناءته من الحرف يعتبر صاحبها غير كفء لمن كانت من أسرة تعمل في حرفة أشرف منها ، والمعتبر في شرف الحرفة ودهانها هو العرف في كل زمان ومكان .

قال الكمال بن الهمام في فتح القدير بصدد ذلك :

« إن الموجب هو استنفاص أهل العرف فيه دناءة ورفعة ، اهـ .

وقرر جمهور الفقهاء أن العرف هو المحكم في الكفاءة بين الزوجين ،  
وقال ابن قدامة في المغني « فإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على  
المتعارف » .

وجاء في البهجة شرح التحفة « في الحديث عن المعرة التي قد تحدث  
إذا لم تتحقق الكفاءة بين الزوجين » .

إن الاعتبار هو المعرة بحسب العادة في البلد والأشخاص والأزمان وكذا  
الفقير باعتبار الأغنياء والتجار . وكذا أهل الحرف الدينية كالملاحين  
في الأسواق والذين يتكلمون بالملحون في الولائم المسمون بالهمراء .  
ونحو ذلك ، وهذا كله يدل عليه كلام الناس .

هذا وقد اتفق الفقهاء على اعتبار الكفاءة .. سواء منهم من قال  
باشتراط الولاية في عقد الزواج وهم الجمهور . أو الذين لم يشترطوها إلا في  
بعض الحالات وهم الحنفية ، ما عدا أبا الحسن السرخي من الحنفية ومن  
وافقه ، حيث قالوا بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج .

وعلى هذا فإذا زوج الولي المرأة من غير كفاءة وأبت كان للسلطان  
منعه لأن ذلك فيه ضررها والذين قالوا بعدم اشتراط الولاية ، قالوا :  
إذا زوجت نفسها غير كفاءة فللعصية منعها من الزواج واعتبرت الكفاءة  
شرط صحة في الحال التي يزوج فيها الأب والجد الصغيرة والصغير فإذا لم  
تتوافر الكفاءة في تزويجهما لا يكون العقد صحيحاً .

وقد احتاط الفقهاء في الكفاءة لما يترتب على الزواج من غير كفاءة .

من أضرار وأخطار تشين المرأة والمصبة ويلحق بها وبأوليائها العار عرفاً..  
فإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء لا ينتظر مع ذلك أن تتحقق  
مصالح الزوجية ودوام العشرة بين الزوجين وإنما تتحقق إذا كان الزوج  
مساوياً للزوجة على الأقل لأن الزوج له — بحكم الشرع والعرف —  
السلطان الأقوى في شئون الزوجية . كما قال تعالى : « الرجال قوامون على  
النساء » وقوله تعالى : « وللرجال عليهن درجة » .

والزوجة تأنف غالباً أن يكون لزوجها هذا السلطان وهذه القوامة  
إذا كان أقل منها نسباً ودينياً وخلقاً . وكذلك تأنف أهلها وأولياؤها من  
مصاهرة من لا يناسبهم في دينهم وجاههم ونسبهم ويعيرون بذلك . وقد  
تخل روابط المصاهرة أو تضعف .

فالكفاءة حق الزوجة وحق أوليائها معاً فكما أن لها حق الاعتراض  
إذا زوجها من غير كفء لهم حق الاعتراض أيضاً إذا زوجت نفسها  
من غير كفء .

وقد جاء في الكفاءة قوله ﷺ : « ألا يزوج النساء إلا الأولياء ،  
ولا يزوجن إلا من الأكفاء » .

وهذا الحديث وإن قال العلماء بضعف سنده إلا أنه يرتقي إلى درجة  
الحسن بما جاء عن عائشة وعمر بن الخطاب وأنس — رضى الله عنهم —  
مرفوعاً ، أن النبي ﷺ قال :

« تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس » .

وقد روى عن عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — أنه قال : « لا تمنعن  
زوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء » .



وقال الكمال بن الهمام : « فإذا ما ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمنا —  
أى بالأدلة المذكورة — فيمكن ثبوت تفصيلها أيضاً بعرف الناس فيما  
يحقرونه ويعيرون به فيستأنس بالحديث الضعيف في ذلك ، .

ولما كان العرف هو المعتبر في بيان صفات الكفاءة فإن الوكيل في  
النكاح إذا زوج بغير كفاءة فقد جاوز حد الوكالة في العرف . ولا يعتبر  
هذا التزويج لأن العرف كالشرط . وإلى ذلك ذهب جمهور الفقهاء عدا  
الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه :

يقول أبو زيد الدبوسي في تأسيس النظر ، في الخلاف بين أبي حنيفة  
وصاحبيه ، :

« الأصل عند أبي حنيفة — رضي الله عنه وأرضاه — أن الإذن  
المطلق إذا تعرى عن التهمة والخيانة لا يختص بالعرف ، وعندهما يختص  
وعلى ذلك مسائل منها :

الوكيل بالنكاح إذا زوج من الموكل امرأة لا تليق به جاز عند  
أبي حنيفة نحو أن يزوجه أمة والرجل من قریش أو يزوجه ذمية والرجل  
مسلم جاز عند أبي حنيفة ، وعندهما وعند أبي عبد الله لا يجوز ، اهـ .

ويقول عز الدين بن عبد السلام في قواعد الأحكام :

« فصل في تمويل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال  
في تخصيص العام وتقييد المطلق ، وذكر لذلك أمثلة متعددة منها :

« حمل الإذن في النكاح على الكفاءة ومهر المثل هو المتبادر إلى  
الافهام بدليل أنه إذا قال من هو أشرف الناس وأفضلهم وأغنام  
لوكيله : وكلتك في تزويج ابنتي فزوجها بعبد فاسق مشوه الخلق على نصف

درهم فإن أهل العرف يقطعون بأن ذلك غير مراد باللفظ لأن اللفظ قد صار عندهم مقيداً بالكف ومهر المثل ولا شك أن هذا طارىء على أصل الوضع، اهـ .

وقد تقدم أنه يشترط أن يكون الزوج ليس بأقل من الزوجة شأناً ولا أدنى حالاً من الزوجة وأوليائها في الصفات المذكورة ، أما الزوجة فلا يشترط فيها ذلك لأن الزوجة تتضرر إذا كان الزوج أقل حالاً منها ، أما الزوج فلا يتضرر إذا كانت الزوجة أقل حالاً منه وذلك في زواج المرأة العاقلة البالغة .

ويقول الشيخ عبد الرحمن تاج في كتابه « أحكام الأحوال الشخصية » :  
« وقد جرى للعرف عند بعض الناس أن يتزوج من هي أقل حالاً منه ولا يرغب في الزوجة التي تساويه أو تسمو عليه في معاني الشرف والحسب والنسب والمال حتى لا تترفع عليه فينشأ بينهما الخلاف ويكتفى بأن تكون الزوجة ذات خلق ودين . وهي فكرة ثبت نجاحها في علاج كثير من مشاكل الزوجية » اهـ .

ويقول الأستاذ أحمد إبراهيم — رحمه الله تعالى — في كتابه « أحكام الأحوال الشخصية » ، مادام المقصود من اعتبار الكفاة صيانة المرأة وأوليائها من عار الزوج ومنع الفتنة الناشئة عن ذلك ، ومناطق ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس الاجتماعية . . ينبغي ترك الأمور التي تعتبر فيها الكفاة اعرف الناس في كل زمان ومكان (١) اهـ .

---

(١) يراجع في هذا البحث : الشرح الصغير للددير ج ١ ص ٣٥٣ والبهجة شرح التنخفة ج ١ ص ٢٨٩ وفتح القدير ج ٢ ص ٤١٨ وقواعد الأحكام ج ٢ ص ١٢١ . وتأسيس النظر للدبومي ص ١٥ ، والبدائم ج ٢ ص ٣٢٠ والمغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٧٥ وأحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٢٠١ ورسالة العرف والعادة للشيخ أبي سنة ص ١٧٥ وأحكام الأحوال الشخصية للشيخ عبد الرحمن تاج ص ١٠٦ وأحكام الأحوال الشخصية للشيخ أحمد إبراهيم ص ١٠١ يراجع ما تقدم في العرف وتقييد لاطلاق ص ٣٦٧ .

( ٤ ) مما يتعلق بعقد الزواج وجوب النفقة ( وقد ساف الحديث عنها في اعتبار العرف ص ١٤٨ وما بعدها ) .

( ٥ ) وما يتعلق به أيضاً اختلاف الزوجين في قبض الصداق وأثاث المنزل الذي يسكنانه :

أولاً : إذا اختلف الزوجان في تأجيل بعض الصداق أو تعجيله فإنه يرجع في ذلك إلى العرف فإذا أقامت الزوجة البينة على أنها لم تقبض بالمعجل من الصداق وادعى الزوج أنه أقبضها بالمعجل منه فقد عارضت البينة العرف فلا يعمل به استصحاباً للأصل الذي هو استمرار تعمير ذمة الزوج فتقدم البينة لأنها كالشاهد بالقضاء .

وكذلك إذا جرى العرف بتأجيل بعض الصداق وادعى الزوج أنه أقبضها المؤجل فإن القول قول الزوجة أنها لم تقبض الصداق إلا إذا أقام الزوج بينة على أنه أقبضها المؤجل فتقدم البينة .

وأما إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق وعدمه ولا بينة لأحدهما فإنه يرجع في ذلك إلى العرف . وقد قال القرافي في الأحكام ، ونقله ابن فرحون في التبصرة :

« روى عن الامام مالك - رضى الله عنه - إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق أن القول قول الزوج مع أن الأصل عدم القبض .. قال القاضى إسماعيل .. هذه كانت عادتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بإمراته حتى تقبض جميع صداقها ، واليوم طادتهم على خلاف ذلك فالقول قول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف العوائد . »

أما المطالبة بمؤخر الصداق فإن عرف أهل المدينة عند الإمام مالك أن لها حق المطالبة به متى شامت - كما قال - رضى الله عنه :

« إن المرأة لها الحق في المطالبة بمؤخر صداقها متى شاءت لأن هذا هو ما جرى عليه العمل في المدينة » .

وقال الليث بن سعد - رضى الله عنه - في رسالته إلى الامام مالك رضى الله عنه في هذه المسألة :

« إن أهل المدينة يقضون في صدقات النساء أنها متى شاءت أن تتكلم في مؤخر صداقها تكلمت فدفع إليها وقد وافق أهل العراق أهل المدينة على ذلك وأهل الشام وأهل مصر ولم يقض أحدهم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا من بعدهم لامرأة بصداقها المؤخر إلا أن يفرق بينهما موت أو طلاق فتقوم بحقه » .

ثانياً : اختلاف الزوجين في أثاث المنزل : إذا اختلف الزوجان في أثاث المنزل الذي يسكنان فيه وادعى الزوج أن أثاث المنزل ملكه ، وادعت الزوجة أنه ملكها ولا يثبت لأحدهما على دعواه فإن العرف يعمل به ، فمن شهد له العرف يقضى له مع يمينه لأن الظاهر يؤيده العرف .

وما يختص بالرجال عرفاً فإنه للزوج كالثياب الخاصة به وأدوات حرفته وصنعتة التي يعمل فيها ، وما يصلح للنساء كالحلى وأدوات الزينة والثياب الخاصة بالنساء ويحكم لها بذلك اعتباراً للعرف أو العادة .

أما إذا كانت أعيان المنزل مما يصلح للرجال والنساء كالأواني والسرر والأبسطة وغير ذلك مما يصلح للجميع فقد اختلف فيه الفقهاء .

قال بعض الفقهاء : إن القول للزوج لأن المسكن مسكنه وكل ما فيه تحت يده المتصرفه وهذا يفيد قوله ويشهد له فيحكم له بما يصلح لهما .

ويرى جمهور الفقهاء : أن القول في ذلك يرجع فيه للعرف والعادة .

قال القرافي في الفروق :

« وقال مالك - رضى الله عنه - في المدونة : إذا اختلف الزوجان عند قيام الزوجية أو عند الطلاق أو الورثة بعد الموت . قضى المرأة بما هو شأن النساء وللرجل بما هو شأن الرجال وما يصلح لهما قضى به الرجل لأن البيت بيته في جرى العادة فهو تحت يده فيقدم لأجل اليد ووافق مالك أبو حنيفة والفقهاء - رضى الله عنهم أجمعين . »

وقال الشافعي رضى الله عنه : « لا يقدم أحدهما على الآخر إلا بحجة ظاهرة كسائر المدعين وقياساً على الصباغ والعطار إذا تداعيا آلة المعطر أو الصبغ فإنه لا يقدم أحدهما على الآخر إلا بحجة ظاهرة وإن شهدت العادة بأن آلة المعطر للعطار وآلة الصبغ للصباغ فكذلك هنا . »

وقد رد القرافي قياس الشافعي - رضى الله عنه - المسألة على الصباغ والعطار الذى استدل عليه بقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » بأن هناك فرقاً بين المسألتين ، حيث أن الإشهاد بين الزوجين يتمرد لأنهما لو فعلا ذلك أدى إلى المناقرة وعدم الوداد بينهما مما يهدد الحياة الزوجية . وقد يقضى إلى الطلاق والفرقة بينهما ، بخلاف العطار والصباغ إذا كانا في حانوت واحد فإنه لا ضرورة تدهورهما إلى عدم الإشهاد فانهما أجنبيان ولا يتألمان من ضبط أموالهما بالإشهاد . وكذلك إذا كانا في حانوتين ، بخلاف الزوجين فإن الضرورة تقضى بالسلوك بهما أقرب الطرق في إثبات أموالهما .

وأما الصباغ والعطار فيسلك بهما على قاعدة « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » .

وأما الجواب عن هذا الحديث الذي استدل به الإمام الشافعي - رضي الله عنه - فإن قاعدة المدعى هو كل من على خلاف أصل أو عرف ، والمدعى عليه هو كل من كان قوله على وفق أصل أو عرف ، ومثال ذلك أن المدعى بالدين على خلاف الأصل لأن الأصل برادة الذمة ، والمدعى عليه المطلوب بالدين - المنكر على وفق الأصل لأن الأصل برادة الذمة .

والمدعى أنه رد الوديعة التي قبضها بيينة ، قوله على خلاف الظاهر والعرف لأن الغالب أن من قبض بيينة ، لا يرد إلا بيينة ، فإذا ادعى أنه رد الوديعة ، كانت دعواه على خلاف الظاهر والعرف ، والمدعى أنه لم يقبضها على وفق الظاهر اهـ .

هذا هو ضابط المدعى والمدعى عليه ، وفي المسألة موضع النزاع يقول القرافي مبيناً دخولها تحت هذا الضابط :

« فإذا ادعت المرأة ثوباً عما يختص بالنساء وشبهته كان قولها على وفق الظاهر ، وقول الزوج على خلاف الظاهر فالزوج مدع فعليه البيينة وهي مدعى عليها فالقول قولها فزعم نقول بموجب الحديث لا أنه حجة علينا » .

وقال ابن يونس من المالكية :

« إذا فرعنا على مذهب مالك - رضي الله عنه - يخالف من قضى له العرف ، » .

وقال : ما يختص بالرجل قضى له به مثل العمامة من غير يمين إلا إذا ادعت الزوجة إرثه فيخالف وقال سحنون : « ما عرف لأحدهما لا يخالف عليه ، » .

وقال ابن القاسم — رضى الله عنه : د ما كان من شأن الرجال وشأن النساء قسم بينهما بعد أيمانهما لا اشتراكهما في اليد ، وما ولى الرجل شراؤه من متاع البيت وشهدت له البيعة أخذه بعد يمينه أنه اشتراه له وكذلك المرأة ، وإن اختلف في البيت نفسه فهو الرجل لأنه ملكه في غالب العادة ولأن يده عليه إلا إذا عرف أنه انتقل إلى بيت ملك للزوجة .

وقد قال الإمام أبو يوسف - رحمه الله تعالى - : إن القول للمرأة في مقدار ما يجهز به مثلها عادة من هذه الأعيان الصالحة لها عملاً بالعرف والعادة إذ العرف الجارى بين الناس فى الأعم الأغلب من الحالات أنها لا تنتقل إلى مسكن الزوجية بدون جهاز ، وأما ما زاد على ما يجهز به مثلها فيكون القول فيه الزوج .

وقال بعض فقهاء المالكية : إن ما يخرج مع الزوجة ليلة البناء إلى بيت الزوجية أنه يكون من جهازها .

ورأى الإمام أبى يوسف - رحمه الله تعالى - وهذا القول عند المالكية جدير بالاعتبار لأنه تؤيده العادات الجارية بين الناس حيث أن الزوجة لا تزف إلى بيت الزوجية خالية عما حوت العادة بتجهيز أمثالها به . وما يخرج معها إلى بيت الزوجية فهو ملك لها .

وهذا يتفق مع ما ذهب إليه الجمهور من تحكيم العرف فى المسألة مع اختلاف آرائهم وتعدد ما وقد رأينا كيف مال القرافى إلى اعتبار العرف ودافع عنه .

ويمحس أن نذكر هنا ما قاله ابن فرحون فى تبصرة الحكام ، فى القضاء بالعرف والعادة فى هذه المسألة :

ومن ذلك اختلاف الزوجين في متاع البيت وهما في العصمة أو بعد  
حلاق أو موت فان الحكم في ذلك أن يقضى المرأة بما يعرف للنساء وللرجل  
بما يعرف للرجال . وبعد أن عدد أشياء مما يصلح للنساء فقط وأخرى  
مما يصلح للرجال . . قال :

« وهذا عند المحققين تابع لعرف المتنازعين قرب متاع يشهد للعرف  
في بلد أو زمان أنه للرجال ويشهد في بلد آخر أو زمن آخر أنه للنساء  
ويشهد في الزمان الواحد أنه متاع للنساء بالنسبة لقوم ومن متاع الرجال  
بالنسبة لقوم آخرين ، كالتعاس المصنوع في تونس من بلاد المغرب فانه  
من متاع النساء بالنسبة إلى جهاز الأندلس ومن متاع الرجال بالنسبة إلى  
جهاز الحضرة . »

وعلى ذلك فما جرى به العرف في بلد لا يحكم به على أهل بلد آخر .  
كما سلف في العرف الخاص وفي هذه المسألة يقول صاحب المهجة  
شرح التحفة :

« إن العمل الجاري ببلد لأجل عرفها الخاص لا يعم سائر البلدان بل  
يقضى بناء على ذلك العرف في أى بلد وجد لأن مبناه عليه ، فإن قيل  
جرى العمل بأن التعاس مثلاً يحكم به للنساء عند اختلافهن مع الأزواج  
لأن عرف البلد أنه من متاعهن لم يعم البلد الذى لا عرف لأهله بذلك  
وإذا تغير العرف في ذلك البلد في بعض الأزمان سقط العمل المذكور ،  
ووجب الرجوع للمشهور وهذا في العرف الذى تبنى عليه الأحكام ، وهو  
ما لم يخرج عن أصول الشريعة وإلا فلا عبرة به ، وأما العمل الجاري  
لمصلحة عامة فظاهر عموم ما دامت تلك المصلحة بخلاف ذلك السبب » اهـ .

ومما يتصل بهذه المسألة :



لو قدم الزوج لزوجته شيئاً ثم تنازعا فادعى أن ما قدمه إليها من المهر وادعت أنه هدية ولم يكن لأحدهما بيثة على دعواه ، فإنه يرجع للعرف في هذه الحالة ويجمل حكماً للفصل بينهما ومن شهد له العرف فالقول قوله يمينه .

وما شهد العرف بأنه هدية فيحكم بأنه هدية ويؤخذ بدعواه ، وما قضى العرف بأنه من المهر حكم للزوج به ، وأما إذا لم يوجد عرف أو كان العرف مشككاً لا يشهد لأحدهما فالقول للزوج يمينه لأن جهة الإعطاء تعلم منه لكونه هو الذى أعطى الشيء المتنازع فيه فهو أدرى بما أعطاه ، وقال علاء الدين الطرابلسي في « معين الأحكام » :

« رجل بعث إلى امرأته شيئاً أو اشترى لها أمتعة بعد ما بنى بها ، فقال الزوج هو من المهر ، وقالت الزوجة هو هدية .. ذكر في الجامع الصغير أن القول قول الزوج إلا فيما يؤكل فالقول لها ، لأن في غير المأكول يشهد الظاهر بكذبه ، والعرف بخلافه » اهـ .

ولو قدم الزوج شيئاً وقرر أنه هدية ، ولو كان مخالفاً للعرف ثم ادعى أنه مهر فلا تسمع دعواه لأن ما قدمه هدية فلا ينقلب مهرأ ، وهذا ظاهر سواء أكان من جنس المهر أم ليس من جنسه وسواء أكان مما جرى العرف بإهدائه إلى الزوجة أم كان غير ذلك .

قال الشيخ عبد الرحمن تاج :

« والحق أن الحكم في هذه المسألة على حسب ما يقضى به العرف في كل زمن وكل بيثة » (١) .

---

(١) يراجع في ذلك الفروق ج ٣ ص ١٤٨ وما بعدها وتبصرة الأحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٦٥ ومعين الأحكام لعلاء الدين الطرابلسي ص ١٦١ والبهجة شرح التحفة ج ١ ص ٣٢٦ وقواعد الأحكام ج ٢ ص ٥٦ وأحكام الأحوال الشخصية للشيخ عبد الرحمن تاج ص ١٧٢ ، ١٧٣ .

(٦) وما يتعلق بالزواج ويرجع فيه إلى العرف ، المتعة للزوجة ، .

لقد تحدث القرآن الكريم عن المتعة في قوله تعالى (١) :

« لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومنعوهم على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين ، أ هـ .

وقد ذكرت الآية المتعة للمطلقة قبل المس وقبل الفرض ، وأما التي طلقت بعد الفرض وقبل المس فلا متعة لها لأن نصف المهر ، أما التي طلقت بعد المس والفرض فلها المهر ، هذا هو ما تشير إليه الآية وهو ما ذكره ابن العربي في أحكام القرآن .

وأما حكم المتعة فهي مستحبة عند المالكية لأن الله تعالى قال « متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين ، - أي المتطوعين - ولو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين فتعليقها بالإحسان وليس بواجب وبالتقوى في قوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين » (٢) وهو معنى خفي دل أنها مستحبة استحباباً يؤكد ويؤيده أنه تعالى قال في شأن الصداق « وأن تعفوا أقرب للتقوى » (٣) فأضافه إلى التقوى وليس بواجب .

وذكر ابن العربي : أنه إذا اعترض بأن المتعة ذكرها الله تعالى لكل مطلقة في قوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف » ، فيجيب عنه ، بأن المتاع هو كل ما ينتفع ويتمتع به . فمن كان لها مهر فمتاعها مهرها ومن

(١) سورة البقرة ٢٣٦

(٢) سورة البقرة ٢٤١

(٣) سورة البقرة ٢٣٧

لم يكن لها مهر فتاعها ما تقدم . كما أن إحدى الآيتين حقيقة دون الأخرى  
فقوله تعالى « ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » حقيقة في  
المتعة ، وقوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف » ليس بحقيقة في المتعة  
بالمعنى الذى تقدم .

وقال الحنفية : هى واجبة المطلقات فى الآية مستحبة لسائر المطلقات .  
وقال الإمام الشافعى — رضى الله عنه — فى أحد قوليه : المتعة واجبة  
لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبل الزوج ، إلا أنى سعى لها المهر وطلقت  
قبل الدخول .

وقد رد الحنفية قول الإمام مالك — رضى الله عنه — فقالوا : إن  
المحسنين هم المتطوعون ، بمنع قصر المحسن على المتطوع ، بل هو أهم منه ،  
ومن القائم بالواجبات فلا يكون صارفاً للأمر بالمتعة عنه مع ما انضم إليه من  
لفظ حقاً — أى ثابتاً — على المحسنين الذين مع شأنهم الإحسان أو الذين  
يحسنون إلى أنفسهم بالمسارعة إلى الإمتثال أو إلى المطلقات بالتتمتع  
ولأنما سموا بذلك اعتباراً للمشاركة ترغيباً وتحريضاً .

هذا وقد ورد الشرع بالمتعة مطلقة ولم يحدد مقدارها فيجب الرجوع  
إلى المعروف ويعتبر فى ذلك عرف المرء وبلده ، وحال الزوج والزوجة .  
لقوله تعالى : « وعلى الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف » .  
وقد روى عن ابن عباس — رضى الله عنه — فيما أخرجه ابن جرير  
الطبرى أنه قال :

« متعة الطلاق أعلاها الخادم ، ودون ذلك الورق <sup>(١)</sup> ودون ذلك  
الكسوة » .

وعن ابن عمر — رضى الله عنهما — أدنى ما يكون من المتعة ثلاثون  
درهما .

(١) الورق — بكسر الراء — الفضة .

وهذا ليس تحديداً للمتنعة يجب الأخذ وإنما يعتبر فيها حال الرجل في  
إعساره ويساره وحال الزوجة كذلك . . وقال الإمام أبو حنيفة  
رضي الله عنه .

« هي درع وخمار وما حفة على حسب الحال إلا أن يقل مهر مشائها  
عن ذلك فإما الأقل من نصف مهر المثل ومن المتنعة ولا يفتقر من  
خمسة دراهم » .

ويقول أبو بكر الرازي « الجصاص ، في أحكام القرآن ، في حديثه  
عن آية المتنعة :

« ولم يقدر أصحابنا لها — أي المتنعة — مقداراً معلوماً لا يتجاوز به  
ولا يقصر عنه ، وقالوا : هي على قدر المتعارف في كل وقت ، وإثبات  
المقدار على اعتبار حاله — أي الزوج — في الإعسار واليسار طريقه  
الاجتهاد ، وغالب الظن ، ويختلف ذلك في الأزمان أيضاً لأن الله تعالى  
شرط في مقدارها شيئين : أحدهما : اعتبارها بيسار الرجل وإعساره ،  
والثاني : أن يكون بالمعروف مع ذلك ، فوجب اعتبار المعينين في ذلك ،  
وإذا كان كذلك وكان المعروف منهما موقوفاً على عادات الناس فيهما  
والعادات قد تختلف وتتغير وجب بذلك مراعاة العادات في الأزمان وذلك  
أصل في الاجتهاد في أحكام الحوادث ، اهـ .

وهذا هو الموافق لقرن الجمهور وإعني اعتبار العرف في الشريعة الإسلامية  
وبخاصة فيما جاء مطلقاً من الأحكام (١) .

٦ — أتر العرف في الإيمان : قال الله تعالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو  
في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان » (٢) .

---

(١) يراجع في ذلك سوى ما تقدم : أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٢١٦ — ٢١٨  
وأحكام القرآن للجصاص ص ٤٣٣ والآلوسي في تفسير الآية ج ١ ص ٢١٨  
(٢) سورة المائدة ٨٩

لقد ذكر الله تعالى : « أحكام اليمين ولم تحدد لها ألفاظ خاصة يكون الحلف بها هو اليمين الشرعية التي اقترنت عليها أحكامها ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله (١) .

ولم ير الفقهاء أن الحديث يقصر الحلف على لفظ الجلالة ، بل قالوا : الحلف يكون بالله تعالى أو صفة من صفاته .

وقد اختلف الفقهاء في المحلوف به كما اختلفوا في المحلوف عليه :

أولاً : المحلوف به :

قال المالكية : إن القسم بالله أو بصفة من صفاته غير الفعلية كالعلم والقدرة والإرادة وكذلك باقي صفات المعاني أو الصفات السلبية كالقدم والبقاء والوحدانية ، وباقي هذه الصفات ، وكذلك من حلف بالمصحف ، وأراد به كلام الله القديم أو بسورة من القرآن .

ومن قال أقسم أو أشهد أن تلفظ بلفظ الجلالة ، أو نواه فهو يمين ، وقالوا : لا تنعقد اليمين بصفات الفعل .

فكل هذا معتبر في اليمين ويترتب عليه حكمه جرى العرف بالحلف به أم لا ويكون يميناً وقسماً بدون فرق بين أن يكون الاسم خاصاً بالله تعالى لا يشاركه فيه أحد كلفظ الجلالة والرحمن ، أو غير خاص كلفظ العزيز والعليم .

وأما الحلف بالصفات المشتركة بين الله تعالى والمخلوق ، كعزة الله ، فينعقد بها اليمين إذا نواها أو جرى العرف بالحلف بها :

وقد قال الحنفية : والقسم بالله تعالى وباسم من أسمائه ، ولو مشتركاً تعورف الحلف به أولاً على المذهب كالرحمن والرحيم والحليم والعليم ،

أما الحلف بالصفات فقد ذكروا أنه إذا تعورف الحلف بصفة منها

انفقد بها اليمين ، حيث جاء في « الدر المختار » : « أو بصفة يخلف بها حرفاً من صفاته تعالى — سواء كانت صفة ذات لا يوصف بضعدها كعزة الله تعالى وجلاله ، أو صفة فعل يوصف بها وبضعدها كالغضب والرضا ، فإن الإيمان مبنية على العرف فاعرف الحلف به فيمين . وما لا فلا ، (١) .

ويقول السرخسي في المبسوط (٢) :

« وأما الحلف بالصفات فالعراقيون من مشايخنا يقولون : الحلف بصفات الذات كالقدرة والعزة يمين ، والحلف بصفات الفعل كالرحمة والغضب لا يكون يميناً . وإلا أصبح أن نقول : « الإيمان مبنية على العرف والمادة فاعرف الناس الحلف به يكون يميناً ، وما لم يتعارف الحلف به لا يكون يميناً ، والحلف بقدرة الله تعالى ، وكبريائه وعظمته متعارف فيما بين الناس وبرحمته وغضبه غير متعارف فلمذا لم يجعل — والله أعلم — يميناً » اهـ .

وقال الإمام أحمد تصح اليمين بالأسماء والصفات كلها للنصوص الواردة في ذلك ودلائلها . إلا أنها لا تنعقد في الأسماء المشتركة إلا بالنية ، وهو أصح القولين عند الإمام الشافعي .

هذا والذي أراه : أن الحلف بأسماء الله تعالى وصفاته يعتبر يميناً لأن النصوص الواردة في اليمين والحلف بالله تعالى أو صفة من صفاته — لم تفصل فتنعقد اليمين بجميع الصفات بلا تفصيل ، ولأن المسلم إذا حلف بصفة من الصفات فإنه يريد اليمين الشرعية ، ولا يرجع إلى العرف في أسماء الله تعالى سواء كانت خاصة أو مشتركة كما هو الرأي عند المالكية ، وكذا

(١) الدر المختار ج ٢ ص ١٥

(٢) للمبسوط للسرخسي ج ٨ ص ١٢١

لا يرجع إلى العرف في الصفات كما ذكر بعض الحنفية ، وذلك إذا دل الحال والبساط في اليمين أن المتكلم أو الحالف أراد اليمين بما تلفظ به .

وأما الحلف بغير الله تعالى كالقرآن وكتاب الله تعالى :

فالقرآن يطلق على الألفاظ المقررة الدالة على الكلام القديم ، ويطلق على الكلام القديم الذي هو مدلول الألفاظ ، واستعماله في الألفاظ أظهر وأغلب من استعماله في مدلولها .

فإذا حلف بالقرآن فقد حمله الامام أبو حنيفة — رحمه الله تعالى — على الألفاظ فلم يحكم بانعقاد يمينه ، وحمله الامام مالك والشافعي — رضي الله عنهما — على الكلام القديم .

ويقول عز الدين بن عبد السلام<sup>(١)</sup> :

« إن حمل القرآن على الكلام القديم خلاف الظاهر من استعماله في اللفظ ، وهو يرى أن تحنيث الحالف بذلك بعيد .

وقال السكال بن الهمام<sup>(٢)</sup> :

« لا يخفى أن الحلف بالقرآن الآن متعارف ، وأما الحلف بكلام الله فيدور مع العرف ، .. »

وجاء في الدر المختار

« وقال العيني وعندى أن المصحف يمين لاسيما في زماننا ، وعند الثلاثة — مالك والشافعي وأحمد — رضي الله عنهم — المصحف وكلام الله يمين ، زاد أحمد والنبي أيضاً ، ولو تبرأ من أحدهما فيمين إجماعاً .

(١) قواعد الأحكام ج ٢ ص ١١٩ ، ١٢٠

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٣٠٤ ، ٤٠٨

إلا من المصحف إلا أن يتبرأ بما فيه ... وبرىء من الله وبرىء من  
رسوله يمينان ، اهـ .

ومكذا فما تعارف عليه الناس في التمين بالقرآن والمصحف وكلام الله  
تعالى يمين ، وأما الحلف بالنبي — صلى الله عليه وسلم — فقد تعارف عليه  
كثير من الناس الآن واعتبروه يميناً فيقال فيه بقول الإمام أحمد — رحمه  
الله تعالى :

وأما الحلف بأيمان المسلمين أو الأيمان اللازمة ، أو جميع الأيمان  
فلزمني .

فقال المالكية : إن ما اعتاد الناس الحلف به من الأيمان فإنه لازم له ،  
فالمدرك هو العادة في النطق دون الفعل . فلو اعتادوا الحلف بالله وبالصيام  
أو الحج دون الصلاة أو الاعتكاف مثلاً فإنه يلزم الحالف ما اعتادوا الحلف  
به . ولو لم تكن لهم عادة في فعله .

وقال بعض الفقهاء :

• إن المدرك هو الفعل فما اعتادوا فعله يلزمه إذا حلف وما لم يعتاد  
للناس فعله لم يلزمه .

وقال البعض : فيها كفارة يمين . كما قال غيرهم : إنها أيمان استحدثت  
فهي من الأيمان اللاحقة .

ووجهة نظر المالكية في هذا : أن ما اعتاد الناس الحلف به وتوثيق  
كلامهم به هو المراد عند النطق باللفظ فالزم الحالف نفسه به ، فقالوا :  
لأنه يلزمه ما ألزم به في العرف والعادة .



وقد قال القرافي في اعتبار العرف :

« وبهذا تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد وهذا مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه وعلى هذه القاعدة تتخرج إيمان الطلاق والعناق وصيغ الصراخ والكنائيات، اهـ (١) .

وأما الحلف بالإيمان التي يقصد بها تعظيم الله تعالى لا الحلف بالمخلوقات، كالحلف بالنذر والحرام والطلاق كقوله : إن فعلت كذا فعلى صيام شهر أو على الحج أو الطلاق ، ونحو ذلك فقد قال المالكية : يلزمه ما علق عليه وحلف به إذا حنث .

وقال بعض الفقهاء فيه كفارة يمين . . وهو قول الصحابة — رضى الله عنهم — ومن الفقهاء من قال يلزمه الطلاق إذا حلف ويلزمه كفارة في النذر .

ويرى فقهاء الحنابلة ، وبخاصة ابن تيمية وابن القيم : أن أظهر الأقوال فيها قول الصحابة وهو أن فيها كفارة يمين ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى . . . ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم ، (٢) . وقوله تعالى : قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ، (٣) .

وما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « من حلف على يمين فرأى

---

(١) يراجع معنى اعتبار العرف في التشريع ، وتقسيم صيغة النصرف إلى صريح وكتابة فيما تقدم .

(٢) سورة الشورى ٨٩

(٣) سورة التحريم ١٢

غير ما خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه ، (١) .

أما الحلف بالمخلوقات التي يحلف بها بعض الناس فليس يمين لأنها يقصد بها تعظيم غير الله تعالى . وقال علاء الدين الحصكفي في الدر المختار نقلاً عن الرازي :

« أخلف على من قال : بحياتي وحياتك وحياة رأسك أنه يكفر ، وإن اعتقد وجوب البر فيه يكفر ، ولو لا أن العامة يقولونه ، ولا يعلمونه نقلت : إنه مشرك ، وعن ابن مسعود — رضى الله عنه — لأن أحلف بالله كاذباً أحب إلى من أن أحلف بغيره صادقاً » ١ هـ .

هذه هي خلاصة آراء الفقهاء في المحلوف به وأثر العرف فيه .

ثانياً : المحلوف عليه :

قال الفقهاء : « الأصل في الإيمان البناء على الحقيقة اللغوية ، وهذا قول الإمام الشافعي — رضى الله عنه — وقال المالكية : هي مبذية على الاستعمال والقرآن التي تصحب البين — عرف أو غيره — وقال الحنفية : البين مبذية على العرف ما لم ينو ما يحتمله اللفظ » .

وإذا كان البين لا يعدو أن يكون إرادة الحالف في تقوية عزمه على فعل شيء أو تركه يعبر عنه بحسب لغته وبيشته فيحمل لفظ البين على عرفه وحادثه في للتخاطب ولغته التي يتكلم بها وهذا هو رأى الحنفية ، وما مشى عليه المالكية ، والمشهور عند الشافعية وكذلك قال به الحنابلة .

---

(١) رواه مسلم والإمام أحمد في مسنده والترمذي .

وبناء الأيمان على العرف العملى قال به الحنفية وهو الصحيح عند  
المالكية خلافاً للشافعية والحنابلة .. وبناء الأيمان على العرف القولى عند  
المالكية والحنابلة يعترض فيه :

أولاً : ألا ينوى الحالف ما يحتمله اللفظ احتمالاً متصاريماً أو قريباً  
من المساوى .

ثانياً : ألا يكون ليمينه بساط وهو المقام وقرينة السياق .. وظروف  
اليمين وملاساتها التى لا دخل للحالف فيها ، ويعبر عنه الحنابلة بالسبب  
المهيج على اليمين .

فالمعتبر فى بناء الأيمان عند المالكية : النية أولاً ثم بساط اليمين  
ثم العرف القولى والعرف الشرعى إن كان الحالف من أهل الشرع ثم  
العرف العملى .

وأما عند الشافعية — رضى الله عنهم — فقد ذكر السيوطى فى  
الاشباه والنظائر فى هذه المسألة نقلاً عن الرافعى : « إن اللغة إن عمت  
قدمت على العرف ، وقال غيره : إن كان العرف ليس له فى اللغة وجه  
البتة فالمعتبر العرف ، وإن كان للفظ فى العرف استعمال فيه خلاف ، وإن  
هجرت اللغة حتى صارت نسباً منسياً قدم العرف » .

ثم ذكر : « أن الإمام الشافعى — رضى الله عنه — يتبع مقتضى  
اللغة عند ظهورها وشمولها وهو الأصل ، وتارة يتبع العرف إذا  
استمر واطرد » .

وقال عز الدين بن عبد السلام فى قواعده :

« قاعدة ، الإيمان البناء فيها على العرف إذا لم يضطرب فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة .

وذكر أيضاً : « أن اللفظ إذا كان يحتمل ما تأوله الخالف قبل تأويله في الفتوى دون الحكم لأن المفتي أسير المستفتي والحكم أسير الحجج الشرعية والظواهر ، وإن لم يحتمله لفظه لم يقبل تأويله في الفتيا إلا أن يقصد وضع اللفظ للمعنى الذي أراده فلا ينفعه على الأصح ، اهـ .

وقال الحنفية : إن بناء الأحكام على العرف مشروط بأمرين :

« أحدهما » : ألا يفوى ما يحتمله كلامه ،

« الثاني » : ألا يكون اللفظ من باب الحقيقة المستعملة والمجاز المتعارف ، فإن كان كذلك قدمت الحقيقة الغوية عند الإمام أبي حنيفة — رضي الله عنه — لأنها الأصل وعند الصاحبين يقوم المجاز المتعارف .. كما سلف ( في بحث الحقيقة والمجاز ) .

ونخلص من ذلك إلى أن الممول عليه في مسائل الإيمان هو عرف الناس وعاداتهم وأن العرف هو المدرك للفقهاء والمرجع للمفتي في معرفة أحكام ما تدل عليه ألفاظ الناس وتصرفاتهم — فيعتبر عرف الخالف إذا كان له عرف خاص به وتحمل يمينه على المتعارف عنده وإذا لم يكن له عرف خاص به يراعى في يمينه عرف أهله وبلده .. كما تقدم في العرف الذي تحمل عليه الألفاظ ، .

وقال ابن القيم في أعلام الموقعين :

« بما يتفهر به الفتوى لتغير العرف والعادة ووجبات الإيمان والنذور وغيرها ، فيفتى في كل بلد بحسب عرف أهله ويبقى كل بحسب مادته ...

فإياك أن تهمل قصد المتكلم ونيتة وعرفه فتجنى عليه وعلى الشريعة وتنسب إليها ما هي بريئة منه وتلزم الخالف . والمقر والناذر والعاقد ما لم يلزمه الله ورسوله ﷺ به ففقيه النفس يقول : ما أردت ونصف الفقيه يقول : ما قلت ، اه (١) .

## ٧ - العرف والفتوى والقضاء

لقد سلف أن العرف يتغير بتغير الأزمان وأن الأحكام التي مناهها العرف تتغير بتغيره فالحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ، وكل مسألة لله تعالى فيها حكم شرعي ، إما بطريق الإلزام وإما الإخبار والمفتي مبين للحكم الشرعي بطريق الإخبار ، والقاضي مبين للحكم الشرعي بطريق الإلزام .

وقد عرف القرافي الحكم فقال :

« إنه إنشاء إطلاق أو إلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع بين الناس لمصالح الدنيا ، فقولنا « إنشاء إطلاق احتراز من قول من يقول : إن الحكم إلزام كما إذا رفعت لهما كم أرض زال الأحياء عنها لحكم بزوال الملك فإنها تبقى مباحة ، اه . »

والحكم بالإلزام كما إذا حكم القاضي بلزوم الصداق أو النفقة أو الشفعة ونحو ذلك ، اه وعلى ذلك فلايس الحكم أبداً إلزاماً كما عرفه علاء الدين

---

(١) يراجع في ذلك خلاف ما تقدم - الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج ٢

ص ١٤١ وحاشية الصاوي ج ١ ص ٣٠٤ والفروق ج ١ ص ١٧٦ وأعلام الموقعين ج ٢

ص ٤٣ وفتح الباري ج ١١ ص ٤٧٣ ، ٥١٣ والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩

للطرابلسي في معين الأحكام ، قال : القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام ، (١) .

وكل من القاضي والمفتي في حاجة إلى معرفة عادات الناس وأعرافهم التي جروا عليها في معاملاتهم حتى يكون كلا من الفتوى والقضاء موافقاً لما جرى به التعامل الذي هو أساس الاستفتاء وطلب الحكم فيه حتى ينتهي النزاع في الواقعة المطلوب الحكم أو الفتوى فيها .

وقد اشترط الفقهاء في المجتهد والحاكم العلم بمعرفة العرف وقت نزول القرآن ، ومعرفة العرف الجاري في زمانهم . .

أولاً : العلم بمعرفة العوائد الجارية وقت نزول القرآن :

.. ذكر الإمام الشاطبي : أنه لا بد لمن أراد الخوض في علم القرآن والسنة من معرفة عادات العرب في أقوالهم وأفعالهم ومجاري عاداتهم وقت نزول القرآن من عند الله تعالى والبيان من رسول الله — صلى الله عليه وسلم — لأن الجهل بذلك موقع في إشكالات لا يمكن الخروج منها إلا بهذه المعرفة ..

وقد أوضح — رحمه الله تعالى — هذا بعدة أمثلة نجتزئ منها بما يدل على المطلوب :

١ — قال تعالى : **وأتوا الحج والعمرة لله** ، (٢) . يحتمل أنه أمر بالإتمام كما يحتمل أنه أمر بأصل الحج ، فإذا علم : أن العرب كانوا قبل الإسلام

---

(١) الأحكام للقراق ص ٢ ومعين الأحكام ص ٦

(٢) سورة البقرة ١٩٦

أخذين به لكن على تغيير بعض الشعائر ونقص جملة منها كالوقوف بعرفة ،  
وأشياء ذلك من وثنياتهم علم أن هذا الأمر بالإتمام وإزالة النقص الذي  
أحدثته وثنياتهم ، وإنما جاء لإيجاب الحج نصاً في قوله تعالى : والله على الناس  
حج البيت من استطاع إليه سبيلاً (١)

٢ — قال الله تعالى : يخافون ربهم من فوقهم ، وقوله تعالى : أأمنتم  
من في السماء أن يخسف بكم الأرض ، فإن كلمتي من فوقهم وفي السماء فيهما  
شبهة لإثبات الجهة لله سبحانه وتعالى ، لكن إذا علم أن من عاداتهم اتخاذ  
الآلهة في الأرض ، علم أن الآية نزلت ردّاً على معتادهم بتعيين الفرق بين  
الإله الحق وآلهتهم الباطلة ، وتنبيهاً على نفي ما ادعوه في الأرض فلا يكون  
فيه دليل لإثبات الجهة .

ومن هذا الباب قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا  
أضعافاً مضاعفة ، (٢) ظاهر الآية يوم تخصيص الربا بما إذا كان أضعافاً  
مضاعفة ، لكن إذا علم أن من عاداتهم التعامل بالربا المضاعف ، وأن الرجل  
منهم كان يربي إلى أجل ، فإذا حل قال للدين : زدني في المال وأزيدك في  
الأجل فيفعل ، وهكذا حتى يزيد الربا عن الدين . فجاءت الآية تندد بهذه  
العادة الشنيعة ، وليس الربا المحرم مخصوص بها لأن أصل التحريم جاء في  
قوله تعالى :

• وأحل الله البيع وحرم .. وإن تبم فلنكم رؤوس أموالكم

---

(١) سورة آل عمران ٩٧

(٢) سورة آل عمران ١٣٠

لا تظلمون ولا تظلمون، (١) .. ثم قال الشاطبي - رحمه الله تعالى :

« وعلى هذا فراحة عوائد العرب وقت نزول التشريع أصل لا بد منه ، اهـ .  
وقد ذكر قبل ذلك قوله :

« إنه لا بد في فهم الشريعة من اتباع مقصود الأميين . وهم العرب الذين نزل القرآن بلسانهم فإن كان للعرب عرف مستمر فلا يصح العدول عنه في فهم الشريعة ، وإن لم يكن لهم عرف مستمر فلا يصح أن يجرى في فهمها على ما لا تعرفه ، وهذا ما جاء في المعاني والألفاظ والأساليب ، (٢) .

ثانياً : معرفة الأعراف الجارية في زمن الفقهاء :

لقد اشترط في المجتهد والحاكم والمفتي العلم بالأعراف الجارية في زمانهم وما ورد في الكتب المدونة من مسائل مبنية على العرف والعادة التي جرت في زمن أصحابها ، وهذه الأحكام المبنية على العرف ليست ملزمة إذا تغير العرف .

وقد ذكر الفقهاء أن هذا لا بد منه لما يترتب عليه من إصدار الحكم على وفق أحكام الشريعة الإسلامية الموافقة للحق ، والقائمة على رعاية مصالح الناس ورفع الحرج والمشقة عنهم .

يقول ابن القيم في « أعلام الموقعين » ، (٣) :

(١) سورة البقرة الآيات ٢٢٥ - ٢٢٩

(٢) للرافعات ج ٢ ص ٨٢

(٣) ج ٢ ص ٢٧



( فصل في تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد ) هذا فصل عظيم النفع جداً وقع بسبب الجهل به فخلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمققة وتسكيف ما لا سبيل إليه ، ما يعلم أن الشريعة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به ، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المماس والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه وظله في أرضه وحكمته الهالة عليه وعلى صدق رسوله ﷺ أتم دلالة وأصدقها ، اهـ .

فالشريعة التي جاءت لتحفظ على الناس حقوقهم ومصالحهم من حكمتها أنها جاءت بالقواعد العامة لتصلح لمواجهة الأحداث والوقائع ، ومن القواعد التي جاءت بها رعاية العرف واعتباره في بناء الأحكام ، ولذا كان لابد من العلم به حتى يستطيع المجتهد في القضاء والفتوى بيان الحكم وترجيح بعض الآراء على بعض ومتى يعتبر العرف في بناء الأحكام ومتى لا يعتبر ، وهل هذا العرف متفق عليه في جميع البلاد أو مختلف ، وهل هو عرف عام أو خاص ولا يقتصر في فتواه على ما ذكره الفقهاء في كتبهم .

فالفقيه ينظر إلى العرف ويبحث عنه إذا كان لا يعلم عرف المستفتى ، ويخصص بالعرف نصاً ويقيد مطلقه ويرجح به رأياً على آخر ، وهذا هو الاجتهاد في المذهب الذي لا يخلو منه عصر أو هو الاجتهاد الخاص الذي

لا بد منه لاختيار رأى ملائم لما جرى به العرف عاماً أو خاصاً ، أو ما قد هو إليه الضرورة عامة أو خاصة أو استنباط رأى في حادثة لم يكن منصوباً عليها فالحوادث لا نهاية لها ولا يمكن أن تحدهما الكتب أو يحوطها الحصر .

وفي كل يوم نجد للقضاة والمفتين حوادث لا عهد للسلف بها ولم ترد في كتبهم فيستنبطون لها أحكاماً طبقاً للقواعد - التي أتت بها الشريعة وذكرت في كتب المذاهب - وتنسب هذه الأحكام إلى الشريعة ومذاهب المفتين والقضاة ، وسيستمر هذا ما بقيت الحوادث متجددة والأعراف متغيرة وما احتاج الناس إلى الإفتاء والقضاء ، وهذا باق حتى يرث الله الأرض ومن عليها .

وإذا وجد المجتهد والمفتي في الوقائع أن العرف يتعارض مع نص شرعي فإنه لا اعتبار للعرف إلا إذا كان النص معللاً بالعرف وأمكن تنزيل العرف على النص - كما سلف (١) .

أما إذا كان النص التشريعي معللاً بعبارة ينفيها العرف الحادث سواء كانت علة النص مصرحاً بها فيه أو مستنبطة بطريق الاجتهاد ففي مثل هذه الحالة يعتبر العرف الحادث وإن خالف النص في ظاهره لأنها مخالفة غير حقيقية مادامت علة النص تلتقي بوجود العرف إذ من المقرر عند علماء الفقه الإسلامي ، أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً . .

ومن الأمثلة على ذلك : أنه ورد النص الشرعي بالنهاى عن بيع وشرط . واستثنى من ذلك شرطين ، الشرط الذى ورد به النص كشرط الخيار ،

---

(١) يراجع « شروط اعتبار العرف فيما تقدم » .

والشرط المتعارف ، وقالوا في هذا : إن النص الوارد في النهي عن بيع  
وشرط محلل بما يفضى إلى النزاع لأن الشروط الزائدة على أصل العقد  
تفضى إلى النزاع غالباً . وأما الشرط المتعارف فلا يفضى إلى النزاع —  
كما تقدم .

أما إذا كانت حجة للنص المعارض لا ينفبها العرف الطارىء فلا يعتبر  
هذا العرف ويبقى النص حاماً فلا يعتبره الفقيه ولا المفتى ، لأن في اعتباره  
مسح للنص وقضاء عليه وإيس للعرف هذا السلطان ، ولو كان ما تعارفوه  
مباح في الأصل بالنص .

ومثال ذلك : أنه ورد النص الشرعى بإعلان الزواج والاحتفال به  
في قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « أعلنوا هذا النكاح ،  
واضربوا عليه بالدفوف » .

وقد تعارف الناس الاحتفالات في الأفراح وفيها كثير مما هو حرام  
شراً كشرب الخمر ورقص الرجال مع النساء ، وكاعتياد الناس الحداد على  
الموتى بصورة تتجاوز المحسوس والإسراف في المآتم فإن هذا أيضاً حرام  
شراً .. وهذا الذى اعتادوه وتعارفوا عليه عرف فاسد يجب على المفتى  
والفقيه ، أن يبين فساده وأنه وردت في هذه الأعراف للفاسدة نصوص  
تحرمها ، كما ورد في تحريم شرب الخمر ، واختلاط الرجال بالنساء والنهي  
عن الإسراف في الإنفاق وخاصة المآتم والأفراح وغير ذلك .

وبعد هذا فعلى المجتهد والمفتى مراعاة العرف في هذا الإطار أو المجال  
الذى تبين إذا استوفى شروطه المتقدمة . ويحكم بناء عليه فيما يقوم به  
الإنسان من تصرفات في المسائل الاجتهادية .

يقول ابن عابدين :

« إن المسائل الفقهية . إما أن تكون ثابتة بصريح النص ، وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتماع ورأى ، وكثير منها ما يبينه المجتهد على ما كان في زمانه بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قال أولاً ، ولهذا قالوا في شروط المجتهد أنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس فكثير من الأحكام يختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله ولحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه للزم منه الحرج والمشقة والضرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبينة على التيسر ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام ، ولهذا نرى مشايخ المذهب ، خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناءً على ما كان في زمنه لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه ، (١) اهـ .

ومن الأمثلة التي ذكرها الفقهاء مما تغيرت فيه الفتوى لتغير العرف :

أولاً : إفتاء الفقهاء بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه لانتفاع صغار المعلمين التي كانت في الصدر الأول ، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجر لزم ضياع أنفسهم وضياع أولادهم وأسرهم التي يعولونها ، ولو اشتغلوا بالاكسباب والسعى على أرزاقهم يلزم ضياع القرآن والدين ، فافتروا بجواز أخذ الأجرة على التعليم ، وكذا عن الإمامة والأذان مع أن ذلك يخالف لما اتفق عليه الأئمة .

---

(١) يراجع ما تقدم في العرف الثابت والمتبدل « الباب الثاني » .

ثانياً : عدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهود مع مخالفة ذلك لما نص عليه الأئمة بناء على ما كان في زمنهم من غلبة العدالة على الناس ، بل إن أبا يوسف ومحمد بن الحسن رضى الله عنهما — خالفما ما نص عليه الإمام أبو حنيفة — رضى الله عنه — ومن وافقه في ذلك لأنهم كانوا في الزمن الذي شهد له رسول الله ﷺ بالخيرية وهما أدركا الزمن الذي فشا فيه الكذب ، وقد قال الفقهاء : إن هذا اختلاف عصر وأوان لا اختلاف حجة وبرهان ، وسيأتى تفصيل ذلك فيما بعد .

ثالثاً : إفتاء المتأخرين من فقهاء الحنفية والحنابلة بعدم نفاذ تصرفات المدين في أمواله إلا فيما يزيد عن وفاء الدين منها ، مع أن جمهور الفقهاء قالوا : إن الديون التي تتعلق بذمة الشخص مهما كان مبلغها سواء أكانت مستغرقة لماله أم لا ، لا تمنع الشخص من التصرف في ماله ، وتنفذ جميع تصرفاته في كل ما يملك ، ، ولكن لما تغير الزمن وفسدت الذمم والأخلاق واتخذ الناس من هذا الحكم منفذاً للاحتيال ، وأصبحوا يعمدون إلى تهريب أموالهم مستفيدين من هذا الحق في التصرف ، أفتى المتأخرون من الفقهاء بهذا سداً للذريعة وضياع أموال الدائنين ، وقالوا : إن المدين بدين مستغرق لماله إذا تصرف في ماله كله لا يكون نافذاً ، وأما إذا كان مديناً بدين يستغرق بعض ماله فإنه يمنع من التصرف إلا فيما زاد عن وفاء الدين .

وقد أفتى المتأخرون من الحنابلة بهذا استحساناً على خلاف القواعد القياسية التي كان للحكم عليها في أصل المذهب ، وتبعهم في هذا المتأخرون من الحنفية . وهو ظاهر مذهب المالكية ..

رابعاً : قال الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد - رضي الله عنهم -  
«بضمين الغاصب أجره المثل عن منافع المال المخصوص سواء استوفى  
الغاصب منافعه أو عطلها» .

وقال المتقدمون من الحنفية في أصل المذهب : «إن الغاصب لا يضمن  
قيمة منافع المخصوص عن مدة الغصب ، بل يضمن العين فقط إذا ملكه  
أو تبعته لأن المنافع عند الحنفية لا تقوم في ذاتها ، وإنما تقوم بعقد  
الإجارة ولا عقد في الغصب» .

ولكن المتأخرين من فقهاء الحنفية أفتوا بما قاله الأئمة الثلاثة ،  
المسار أو اتجروا الناس على الغصب وضعف الوازع الديني في نفوسهم سواء  
كان المخصوص مال وقف أو مال يتيم أو مالا معددا للاستغلال على خلاف  
الأصل في المذهب زجراً للناس عن العدوان لفساد الزمان ، وبذلك  
أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة ٥٩٦ .

وعلى ذلك يمكن القول : بأن الغاصب يضمن بدل منافع المال المخصوص  
مع ضمانه للعين المخصوصة عند فقهاء المذاهب الأربعة لازدياد فساد  
الدين وكثرة الطمع في أموال الغير والتجاوز عن الحقوق في غصب  
أموال الغير .

هذه هي بعض الأمثلة مما أفتى فيه الفقهاء بما خالف فتوى المتقدمين من  
فقهاء المذاهب نظراً لتغير للعرف وعادات الناس وأخلاقهم وأحوالهم ،  
ولولا علمهم بالعرف وتغير الأحوال وما جرى عليه التعامل في زمنهم لما  
مخالفوا أنفسهم في ذلك .

يقول ابن طابدين :

« قال بعض العلماء المحققين لا بد للحاكم من فقه في أحكام الحوادث  
الكلية وفقه في نفس الوقائع والأحوال يميز به بين الصادق والكاذب  
والحق والمبطل ثم يطابق بين هذا وهذا فيعطى الواقع حكمه من الواجب  
ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع ، ٥١ .

ثم قال : « وكذلك المفتى الذي يفنى بالمعرف لا بد له من معرفة الزمان  
وأحوال أهله ومعرفة أن هذا عرف عام أو خاص ، وأنه مخالف للنص  
أو لا ، ولا بد له من التخرج على أستاذ ماهر ولا يكفيه مجرد حفظ  
المسائل والدلائل ، فإن كان المجتهد لا بد له من معرفة عادات الناس كما  
قدمناه فكلنا المفتى ، ولذا قال في آخر (منية المفتى) : لو أن رجلاً  
حفظ جميع كتب أصحابنا لا بد أن يقتلذ للفتوى حتى يهتدى إليها لأن  
كثيراً من المسائل يجاب عنه على عادات أهل الزمان فيما لا يخالف  
الشريعة ، ٥١ .

وقال السكال بن الهمام في فتح القدير : عند قول صاحب الهداية :  
ولو أكل لحماً بين أسنانه لم يفطر وإن كان كثيراً يفطر . وقال زفر : يفطر  
في الوجهين لأن الفم له حكم الظاهر .

« التحقيق أن المفتى في الوقائع لا بد له من ضرب اجتهد ومعرفة  
بأحوال الناس وقد عرف أن الكفارة تفتقر إلى كمال الجنابة ، فينظر  
إلى صاحب الواقعة إن كان بما يوافق طبعه ذلك أخذاً بقول أبي يوسف ،  
وإن كان عما لا أثر لذلك عنده أخذ بقول زفر ، (١) .

« وقد قال فقهاء المالكية : إنه يفى بخلاف المشهور في المذهب إذا كان  
في ذلك تحقيق مصلحة أو جرى به عرف وكذلك يحكم الحاكم به ، مع

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٣٢ ، ٣٣٥ ط الحلبي .

قولهم بأن المفتى إذا أفتى بغير المشهور يؤدب . وينقض حكم القاضي إذا حكم بأشاذ وبغير المشهور ، من غير ضرورة أو عرف يكون سبباً لتحقيق المصلحة .

وذكر صاحب تهذيب الفروق :

« أن المفتى إذا أفتى بما لم يجر به عرف المستفتى فإنه يحرم عليه ذلك ، وكذلك الحاكم إذا حكم بما لم يقع به التعامل فإنه يحرم عليه ذلك ، وإذا أفتى أو حكم بما سطره الفقهاء في كتبهم مع وجود عرف يخالف لما كان في عهد أصحاب هذه الكتب ، فعملهم خطأ وعلى خلاف الإجماع وهم عصاة آثمون عند الله غير معذورين بالجهل لدخولهم في الفتوى وليسوا أهلاً لها ولا عالين بمداركها وشروطها واختلاف أحوالها ، اهـ .

ويقول القرافي في الفروق :

« الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت كالشهود في المعاملات والعيوب في الأراض في البياعات ونحو ذلك . . . وبهذا القانون تتغير جميع الأحكام المترتبة على العوائد . . . وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام ، فهما تجدد العرف اعتبروه ومهما سقط أسقطوه ولا تجدد على المسطور في الكتب طول عمرك ، بل إذا جلدك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجزئه على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح والجود على المنقولات أبداً صلاح في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والساف الماضين . وعلى هذه القاعدة ، تتخرج جميع أيمان الطلاق وصيغ العرائن والكنائيات فقد يصير التعرّيج كناية يفتقر إلى النية وقد يصير الكناية صريحاً مستغنية عن النية ، اهـ .



ومن هذا الذى ذكر تبين أثر العرف فى الفتوى والقضاء ، وان الواجب على القاضى والمفتى مراعاة العرف والمصلحة لأن الحكم والإفتاء بما لم يجر به العرف يخالف لمقاصد الشريعة ، وأن الأحكام المعللة بالعرف تتغير إذا تغير العرف لأن الحكم يتغير بتغير مناطه .

ومراعاة العرف والعادة يجب ألا يضيع حقوقاً إذا حاول بعض الناس اتخاذها وسيلة لذلك ، فعلى المفتى والقاضى أن يتحقق كل منهما بما يريده الشخص الذى يتمسك بالعرف هل دعواه موافقة له من غير اتفاق على مخالفته أم اتفاقاً على مخالفته ثم رأى المدعى أن المصلحة تتحقق له وتزيد منفعته إذا تمسك بالعرف فلجأ إلى القضاء يطلب الحكم بناء عليه مضيماً بذلك حقوق غيره .

وقد مر فى شروط اعتبار العرف :

أنه إذا اتفق المتعاقدان على مخالفة العرف فهو غير معتبر لأن من شروط اعتباره ، ألا يعارضه تصريح بخلافه ، ويحكم فى الدعوى بما اتفق عليه لأن العقد شريعة العاقدين ، وكذلك إذا تعاقدوا بناء على عرف قائم وقت التعاقد ثم تغير العرف بعد ذلك فإنه يحكم بناء على العرف الذى كان قائماً وقت إنشاء العقد بينهما لأن العبرة بالعرف الذى قارن العقد ووقع موافقاً لمقتضاه ، يكون هذا العرف ملزماً للعاقدين ، وأخيراً فإن هذا مجمل ما ذكره الفقهاء فى أثر العرف ، فى الفتوى والقضاء بوجه عام لأن كلا منهما لا يختلف فيما ذكر من وجوب مراعاته وتحكيمه فى الوقائع (١) .

---

(١) يراجع فى ذلك سوى ما تقدم قواعد ابن رجب المنهـل القاعدة (١١) ص ١٥

وبعد هذا أذكر بعض الأحكام التي تتعلق بالقضاء بما للعرف أثر فيها .

### أولاً : ما يتعلق بالدعوى في القضاء :

لقد قسم المالكية الدعوى بالنسبة للعرف إلى ثلاث مراتب :

#### لمرتبة الأولى :

دعوى يشهد لها العرف أنها تشبه أن تكون حقاً ، وهي إذا ما ادعى مثل ما اعتاده الناس في معاملاتهم وذلك مثل أن يدعى شخص سلعة معينة بيد رجل أو يدعى مسافر أنه أودع أحداً من رفقة في السفر شيئاً كان معه أو ادعى شخص على من نصب نفسه للعمل أنه دفع إليه شيئاً يصنعه ، وكذلك من ادعى على بعض أهل السوق المنتهضين للبيع أنه باعه أو اشترى منه شيئاً .

وكذلك إذا ذكر المريض في مرض موته أن له ديناً على آخر ويرضى بالتقاضي منه ، وما أشبه هذه المسائل فهذه الدعوى تسمع من مدعيها أو له أن يقيم البينة على صحة دعواه أو يستحلف المدعى عليه ولا يحتاج في استحلافه إلى إثبات خلطة بيته وبين المشتري .

#### المرتبة الثانية :

دعوى يشهد لها العرف أنها لا تشبه الحق إلا أنه لم يقض بكذبها لاحتفال صدقه وذلك مثل : أن يدعى شخص على رجل معروف بكثرة

---

والفروق وتهذيبه ج ١ ص ٤٣ و ص ١٧٧ ، وحاشية رد المحتار على الدر المختار ج ٣

ص ٣٩٥ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٤٧٤ ورسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٣٥

ويراجع ما تقدم ص ٦٢ ، ٩٥ و ص ١٤٣ وما بعدها .

المال والغنى ، أنه اقترض منه مالا ينفقه على عياله أو يدعي رجل على رجل لا معرفة بيته وبينه أنه باعه شيئاً بشئ إلى أجل أو أقرضه مالا .

فهذه الدعوى تسمع وعلى القاضى أن يطلب من مدعيها إقامة البينة على مطابقتها ، وقالوا : لا يملك القاضى استحلاف المدعى عليه إلا بإثبات خلطة بيته وبينه .

قال ابن القاسم رحمه الله تعالى :

والخلطة أن يسأله أو يبايعه أو يشتري منه مراراً ، وقال سحنون رحمه الله تعالى : لا تكون الخلطة إلا بالبيع والشراء بين المتداعيين .

وقد قيد المالكية نظر الدعوى فى مثل هذه الأمور فقالوا :

ينظر إلى دعوى المدعى فإن كانت تشبه أن يدعى بمثلها على المدعى عليه أحلف له ، وإن كانت بما لا تشبه وينفيها العرف لم يحلف إلا أن يبين المدعى ما ادعى به على المدعى عليه ، وهذا فيما إذا كانت بينهما خلطة .

أما إذا لم تكن بينهما خلطة وكان المدعى عليه منهما ، فقد اختلفوا فى استحلافه — فقال سحنون « يستحلف وإن لم تكن بينهما خلطة » ، وقال غيره « لا يستحلف » .

وتثبت الخلطة بإقرار المدعى عليه ، وبالشاهدين والشاهد واليمين ، والرجل الواحد والمرأة الواحدة .

### المرتبة الثالثة :

دعوى يقضى العرف بكذبها — أى لا تحتلل الثبوت عادة .

ومثال ذلك : أن يحوز شخص داراً ويتصرف فيها زمناً طويلاً

بالإجارة والسكنى والهدم والبناء ويدعى ملكيتها ، وإنسان حاضر براه ويشاهد أفعاله فيها ، ويرى تصرفه طول هذه المدة ، وهو مع ذلك لا يعارضه ولا يذكر أن له فيها حقاً ، ولا مانع يحول بينه وبين ذلك من خوف سلطان أو ما أشبه ذلك من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق ، ولا يوجد بينه وبين المتصرف في الدار شركة في ميراث ولا قرابة أو شيئاً مما يتساع فيه من أجل القرابات .

ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعى أنها له أو أن له فيها حقاً فلا تسمع دعواه . ولو أقام بينة على ذلك لأن كل دعوى يكذبها العرف وتنفىها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة لأن الشريعة أوجبت الرجوع إلى العرف عند الاختلاف في الدعاوى كالنقد والحولة والسير وفي الأبنية وما أشبه ذلك .

وقد ذكر فقهاء الشافعية : أن من شرط سماع الدعوى ألا يكذب المدعى ظاهر حاله . وقال ابن القيم في الطرق الحكيمة في مذهب أهل المدينة في الدعاوى إنه من أسد المذاهب .

وقال القاضي عبد الوهاب — من المالكية في رده على الموفى حيث اعترض على قول المالكية بدم تحليف المدعى عليه إذا لم يمكن هناك مخالطة .

مذهب مالك : إن المدعى عليه لا يحلف للدعى بمجرد دعواه دون أن ينضم إليها مخالطة بينهما أو معاملة ، قال شيخنا : أبو بكر : أو تكون الدعوى تليق بالمدعى عليه ولا يتناكرها للناس ولا ينفيها عرف ، وهذا مروي عن علي بن أبي طالب وعمر بن عبد العزيز وفقهاء المدينة السبعة . والدليل على صحته : أنه قد ثبت وتقرر : أن الإقدام على اليمين يصعب

ويثقل على كثير من الناس ولا سيما على أهل الدين وذوى المراتب والأقدار .  
وهذا أمر معتاد بين الناس على مر العصور لا يمكن جمده .

ودليل آخر وهو أن الأخذ بالعرف واجب ، وهو معلوم أن من كانت  
دعواه ينفيها العرف فإن الظن قد سبق إليه بالبطلان ، كقوله يدعى على  
خليفة أو أمير ما لا يليق بمثله شراؤه أو يطرق ذلك الدعوى عليه .

وقال ابن القيم مؤيداً ما قاله القاضي عبد الوهاب :

« وما يشهد لذلك ويقويه قول عبد الله بن مسعود الذي رواه الإمام  
أحمد رحمه الله عنه « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه  
المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح » .

ولاريب أن المؤمنين وغيرهم يرون من القبيح أن تسمع دعوى البقال  
على الأمير أنه باعه بمائة ألف دينار ولم يوفه إياه . أو أنه اقترض منه ألف  
دينار أو نحوها ، أو يدعى أنه تزوج ابنته أشوهاً ودخل بها ولم يعطها  
مهرها .

وذكر لذلك أمثلة متعددة منها :

« أن تدعى الزوجة بعد عشرة ستين سنة — أو سنين متطاولة ، أن  
زوجها لم ينفق عليها يوماً واحداً ولا كساها خيطاً ، وهو يشاهد داخلها  
وخارجاً إليها بأنواع الطعام والفواكه فلا تسمع دعواها ، .

ومنهم « أن يدعى رجل معروف بالفسق والفجور على رجل معروف  
بالصلاح والتقوى أنه نقب بيته وسرق متاعه ، .

ثم قال : ونحو ذلك من الدعاوى التي يشهد الناس بفطرم وعقولهم  
أنها من أعظم الباطل فهذه لا تسمع ولا يخالف فيها المدعى عليه ، ويعزرون

المدعى تعزيز أمثاله ، وهذا الذى تقتضيه الشريعة التى مبناها على الصدق والعدل كما قال تعالى : « وتمت كلمة ربك صدقاً وعدلاً » (١) فالشريعة المنزلة من عند الله لا تصدق كاذباً ولا تنصر ظالماً اهـ .

إلا أن هذا الذى ذكره ابن القيم وقال به شيخه ابن تيمية فى الأخذ بالدلالة العرفية فى الدعوى ذكر ابن رجب أنه يخاف لجمهور الحنابلة حيث ذكر فى قواعدهم فيما يعمل فيه بالأصل ولا يلتفت إلى القرائن الظاهرة . .

« إنه إذا ادعت الزوجة بعد طول مقامها مع الزوج أنها لم تصلها النفقة الواجبة ولا الكسوة ، فقال الأصحاب : القول قولها مع يمينها لأن الأصل معها مع أن العادة تبعد ذلك جداً ، واختار الشيخ تقي الدين الرجوع إلى العادة ، اهـ .

وهذا الذى سار عليه جمهور الحنابلة قال به الإمام الشافعى رحمه الله فقد ذكر أن الأصل فى الدعوى ألا يقدم أحدهما على الآخر إلا بحجة ظاهرة ، وإن شهدت العادة بصدق الدعوى ، جرياً على قاعدة الدعوى « اليينة على المدعى واليمين على من أنكر » .

وقد رد القرافى على ذلك كما تقدم فقال :

« إن قاعدة المدعى «وكل من كان على خلاف أصل أو عرف والمدعى عليه هو كل من كان قوله على وفق أصل أو عرف» (٢) .

---

(١) سورة الأنعام ١١٥

(٢) يراجع ما تقدم فى اختلاف الزوجين فى أنثاء للنزل .

وقد ذكر مثل ذلك إمام الحرمين في البرهان حيث قال (١):

« إذا تعارض ظاهران أو نصان ، وأحدهما يوافق المعروف المعتاد والآخر يخالف ما جرى به العرف فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى الأخذ بما وافق المعروف فهو الأقرب إلى الإحتياط لأنه الأحوط فرجع على الثاني ، وزعموا أن الذي يقتضيه الورع واتباع السلامة هذا واحتجوا بأن قالوا : اللاتق بحكمة الشريعة ومحاسنها الإحتياط ، اهـ .

وقال فقهاء الحنفية : يمتنع القاضي من سماع الدعوى بمعنى أنه لا يسأل المدعى عليه ولا يطلب جوابه عنها عند اقترانها بما يكذبها في العادة لأن هذه القرينة تدل على أن المدعى ليس له حق فيما يدعيه ظاهراً .

ويقول ابن الفرس في « الفواكه البدرية » :

« ومن شروط صحة الدعوى أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت بالألا يكون مستحيلاً عقلاً أو عادة ، فإن للدعوى والحال ما ذكر ظاهرة الكذب في المستحيل العادى يقينية الكذب في المستحيل العقلى ، اهـ .

ومن الأمثلة التي ذكرها في ذلك — فقلا عن السرخسى :

« رجل ترك الدعوى ثلاثة وثلاثين سنة ولم يكن له مانع من الدعوى ثم ادعى لم تسمع دعواه لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً . .

ونقل عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى :

« رجل يعرف بالحاجة والفقر ليس ببيته إلا بورية — حصير —

ملقاة صار بيده غلام عرف باليسار وعلى عنق العبد بكرة — كيس —  
فيه عشرون ألف دينار فادعاه رجل عرف باليسار وادعاه صاحب  
الدار فهو الذي عرف باليسار، اهـ.

وقال ابن نجيم في البحر الرائق — في تعليقه على ما ذكره ابن الفرس :

« وقد استنبط من فرع الغلام : أن من شرط سماع الدعوى أن  
لا يكذب المدعى ظاهر حاله كما هو مصرح به في كتب الشافعية ، ثم قال :  
إنه لا يدري هل هذا منقول عن المتقدمين أو تفقه منه » اهـ . ولا داعي  
لهذا السؤال فقد سبق بذلك الشافعية والمالكية .

وترك هذه الدعوى المستحيلة عرفاً وعقلاً كما قال ابن الفرس بإسماع  
ولا نظر فيها خلاف عموم النص الوارد « البينة على المدعى واليمين على  
من أنكر » .

والجواب على ذلك هو ما ذكره القرافي في رده على الإمام الشافعي  
— رضى الله عنه — كما أن الدعوى التي وضع الحديث قاعدتها هي الدعوى  
التي ذكرها المالكية في المرتبة الأولى ، والثانية . أما المرتبة الثالثة —  
وهي الدعوى التي يستحيل وقوعها فرفضة غير مقبولة ويؤخذ بما وافق  
العرف وليس بمستحيل عقلاً ولا عادة لأنه أرفق وأوفق — كما ذكر إمام  
الحرمين فيما تقدم .

لقد ذكر أن من ترك العقار مدة طويلة من الزمن من غير هذر  
بالمطالبة به لا تسمع دعواه وأذكر هنا ما قاله بعض الفقهاء في تقدير  
المدة في ذلك .

قدر فقهاء المالكية المدة الطويلة في العقار بعشر سنين ، واستدلوا  
على ذلك بما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « من حاز شيئاً عشر سنين فهو له » .



وقدرها فقهاء الحنفية بثلاث وثلاثين سنة في الوقف والميراث وبخمس عشرة سنة في غيرها كما ذكر في المبسوط — ويستفاد مما ذكره ابن نجيم : أن التقدير عند الحنفية كان لنهى بعض السلاطين قضائه من سماع الدعوى بعد هذه المدة ، وفي تكملة رد المحتار : أنه تقدير اجتهادى .

ومعنى كونه اجتهادى أنه يخضع للظروف والأحوال وتغير العرف والزمن فقد تعتبر العشر سنين مدة طويلة كما ذكر المالكية في زمن أو بلد وقد لا تعتبر أو يعتبر أكثر منها كما ذكر فقهاء الحنفية أو أقل ، وهذا ما يوافق القول باعتبار العرف في التشريع الإسلامى وأما الحديث الذى ذكره المالكية فيمكن تأويله بأن العشر سنين كانت تعتبر مدة طويلة في ذلك الحين<sup>(١)</sup> .

#### ثانياً : القرائن العرفية والقضاء :

بعد أن تبين ما يسمع من الدعوى وما لا يسمع وأثر العرف في ذلك ، يأتي الحديث عن القرائن العرفية التى تصحب الدعوى وإن كان قد تقدم من الأمثلة ما يشير إليها .

« والقرائن هى أمارات ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه » .

وقد تكون القرينة قوية في دلالتها على المدعى به أو ضعيفة في دلالتها عليه . وهى تنقسم إلى عقلية وعرفية .

---

(١)راجع في ذلك حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٣٨ والمرج الصغير ج ٢ ص ٣٠٥ والطرق المحكمية لابن القيم ص ٩٨ — ١٠٨ والبحر الرائق ج ٧ ص ٢٤٧ ، ورد المختار ج ٤ ص ٥٤٧ وتكملة رد المحتار ج ١ ص ٤٥٤ والبهجة شرح النخعة ج ١ ص ٣٥ ، ٩٦ ، والفروق للقرائى ج ٣ ص ١٤٨ ، والمهذب للشيرازى ج ٢ ص ٣٣٥ وقواعد الأحكام ج ٢ ص ١٢٢

والقرينة العقلية هي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولها ثابتة يستنتجها العقل دائماً كوجود الدخان علامة على النار أو وجود المسروقات عند المنهم بالسرقة.

وأما القرينة العرفية فهي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولها قائمة على عرف أو عادة تتبعها دلالتها وجوداً وعدماً .

وأما اعتبار الفقه الإسلامي للقرائن فكالآتي :

( ١ ) إذا كانت القرينة قطعية مثبتة اعتبرت وحدها في الحكم ، وذلك مثل : أمره <sup>بأن</sup> يدفع اللقطة إلى واصفها وجعل وصفه لها ومناصها ووكائها قرينة قائمة مقام البينة .

ومن ذلك أيضاً حكم عمر بن الخطاب وعثمان وابن مسعود — رضي الله عنهم — ولا يعلم لهم مخالف بوجوب الحد على من وجد في فمه رائحة الخمر (١) أرقاها اعتماداً على القرينة القطعية على شرب الخمر ، وهو مذهب مالك رضي الله عنه ومن وافقه .

( ٢ ) إذا كانت القرينة غير قطعية ولاكنها أغلبية ، فإن الفقهاء يعمدونها في ترجيح زعم أحد الخصمين مع يمينه حتى يثبت ما يفيد خلافها ببينة أو دليل أقوى . ومن هذا القسم القرائن العرفية .

وقد اعتبر الفقهاء القرائن العرفية من قبيل ظاهر الحال ، ودلالة الظواهر غير قطعية ولذلك اعتبر مرجحات للقاضي حتى يثبت خلافها ،

---

(١) ذهب بعض الفقهاء إلى أن من وجد في فمه رائحة تشبه رائحة الخمر ولم يعم دليل آخر على أنه قد شرب الخمر فلا يحد لأنه توجد بعض الأطعمة والأدوية التي قد تشبه رائحة الخمر .

وقد اعتمدوا على القرائن العرفية في لإثبات الأحكام في كثير من القضايا ، لأن العقل يرجح الدعوى التي تدل عليها إستناداً إلى العلاقة والصلة بينها وبين الدعوى التي يؤيدها العرف ولذلك ألحق الفقهاء القرائن العرفية ببعض العرف نظراً إلى أن مستند الدلالة فيها هو العرف ، وقد تقدم أن على القاضي ، أن يرجح بالعرف من يكون قوله موافقاً للعرف لقوة جانبه بشهادة العرف ولأنه متمسك بالظاهر وما هو الأصل .

ومن الأمثلة على ذلك ما ذكر في اختلاف الزوجين في متاع البيت ، كما تقدم وكذلك ما ذكر من أن التصرف في العقار والأموال مدة طويلة تصرف المالك ويوجد شخص آخر يرى ذلك ولا عذر له في السكوت ثم عاد بعد مدة طويلة يطالب بحقه في هذا العقار فلا تسمع دعواه لأن القرينة العرفية تكذب دعواه (١) .

والتوجيه بالقرائن وبخاصة العرفية أصل قوى عند المالكية ، قال ابن فرحون في تبصرة الحكام : « في باب القضاء بالعرف والعادة » .

« وهذا الأصل لا مناقضة فيه على أصل المذهب ، حتى قلل أئمتنا — رحمهم الله تعالى — لو اختلف عطار ودباغ في المسك والجلد ، أو اختلف الفقيه والحداد في القلنسوة والكبر وكانت لهما عليه يد حكيمية في دار يسكنانها أو بشهادة ، أو تنازع رجل وامرأة رجلاً يتبذبانها قالقول في هذا كلمة قول من شهد له العرف ، والعادة فيحكم للرجل بالرجح والسيف مع يمينه ، وإن كان « دملجاً » قضى به المرأة مع يمينها ، ويقضى للقطار بالمسك مع يمينه » .

وقد عقد ابن فرحون « باباً » في القضاء بما يظهر من قرائن الأحوال والأمارات ، ذكر فيه فروعاً كثيرة قال : إن المذاهب الأربعة قالوا بها ، وهي في مجموعها لا تخرج عما ذكر هنا .

وذكر عن ابن العربي أنه قال : لا خلاف في الحكم بالقرائن والأمارات .

ولما كانت دلالة العرف دون دلالة الشهادة فقد قال الفقهاء لا يقضى بالعرف بلا يمين إلا إذا كانت دلالة العرف قوية لا تحتمل غير الظاهر منها وذلك قليل ونادر ، ومثل لها المالكية باختلاف الزوجين في النفقة ، وكانت تعيش في بيت الزوجية فلا يقضى لها بالنفقة لما مضى وكاختلاف المتبايعين في قبض الثمن إذا كانت السلعة المبيعة مما جرى للعرف فيه بتسليم الثمن عند البيع واستدلوا على ذلك : بأن القضاء بالعرف قضاء بالطرف الراجع فيصح كالقضاء بالبيعة .

ومن ذلك قول الإمامين أبي يوسف ومحمد بن الحسن — رحمهما الله تعالى — فيما إذا اختلف الصانع ورب الثوب في الأجر بعد الفراغ من العمل إذا لم يتفقا عليه ، فقد حكم أبو يوسف عادة الصانع من صاحب الثوب فإن كان يعمل له بالأجر قضى له به ، وحكم محمد بن الحسن عادة الصانع مع الناس فإن كان معروفاً بهذه الصنعة بالأجر أخذ بقوله لأنه لما فتح الحانوت لتلك جرى مجرى التنصيص عليه — قال خواهر زاده والفتوى على قول محمد ، ومن ذلك الخط فيما يكتبه الناس فيما بينهم من العسكوك فهي حجة فيما كتبوه على أنفسهم في العرف ، إذا كان مطرداً في إثبات الحق بالكتابة (١) .

### ثالثاً : القول في تركية اليهود :

قال الله تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » (٢) ، و« استشهدوا شهدين .

(١) يراجع سوى ما تقدم التبصرة لابن فرحون ج ٢ ص ٦٦ ، ٩٦ ومعين الأحكام

ص ١٦٦ ، ٢٠٤

(٢) سورة الطلاق ٢

من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء» (١).

وقد أخذ الفقهاء من هذا اشتراط العدالة في الشهود وقالوا : العدالة ملزمة تحمل على ملازمة التقوى والمروءة .

وقد اتفق الأئمة الأربعة على وجوب العدالة ، في الشهود كما استدلوا على وجوب الحكم بالعدالة في المسلم بقوله ﷺ : « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف » (٢) .

وما قاله عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — في رسالته في القضاء إلى أبى موسى الأشعرى : « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا بمحدوداً في حد أو يجرأ عليه شهادة زور أو ظنيماً في ولاء أو قرابة .

ولما كان الظاهر في المسلم العدالة اكتفى الأئمة بظهورها إذ القطع بها قد يتعذر ، نعم تزداد قوة الظن بها ، ولا موجب لطلب الزيادة إلا بدليل ، ولهذا لم يكن الأئمة يسألون عن العدالة وذكر الكمال بن الهمال في فتح القدير : أن أول من سأل عنها « ابن شبرمة » .

وقال الإمام أبو حنيفة — رحمه الله تعالى :

يقتصر الحاكم على ظاهر عدالة المسلم إلا إذا طعن الخصم ولو يجرح مجرد عن الأدلة فإن على القاضي : أن يسأل عن الشاهد .

---

(١) سورة البقرة ٢٨٢

(٢) رواه ابن أبى شيبة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

وقال الإمامان أبو يوسف ومحمد بن الحسن — رحمهما الله تعالى :  
لأنه لا بد من تزكية الشهود طعن الخصم فيهم أو لم يطمئن في السر والعلانية ،  
لأن مبنى القضاء على الحجة ، وهي شهادة المدعى فلا بد من التعرف على  
العدالة وتحققها في الشاهد .

وقد قال بهذا الإمامان الشافعي وأحمد — رحمهما الله تعالى :

وقال السكال في فتح القدير :  
« إن الفتوى على قول أبي يوسف ومحمد لا اختلاف حال الزمان فقد  
كان في عهد أبي حنيفة يغلب على الناس الصلاح والتقوى بخلاف  
زمانهما ، اهـ .

وقال البارقي في العناية : « إن أبا حنيفة أجاب عما في زمانه وكان  
الغالب منهم عدولا وهما أجابا عما في زمانهما ، وقد تغير الناس وكثر  
الفساد ولو شاهد ذلك أبو حنيفة لقال بقولهما ، ولهذا قال صاحب الهداية  
والفتوى على قولهما ، اهـ . . .  
وأما عند المالكية فالذهب القول : بعدالة المسلم ، ولكنهم قالوا :

« إن تغير الزمان والعرف يجعل تزكية الشهود أمراً واجباً فيزكى من  
الشهود من ظهر عليه علامة الشر ولم يتحقق منه أنه فعل ذلك إلا في  
ضرورة السفر فإنه تقبل شهادة القافة بعضهم لبعض فيما يقع بينهم من  
المعاملات والمكراوات عند حاكم القرية التي مروا بها وإن لم يعدلوا .  
وقال ابن رشد — رضى الله عنه : لا خلاف أعليه في المذهب أن  
المجهول الحال لا تجوز شهادته حتى يعدل لقوله تعالى « من ترضون من  
الشهداء » ولا يرضى إلا من عرفت عدالته .

وقد ذكر الفقهاء : أن العدل يشترط فيه البعد عن كل ما يخل بالمروءة من أفعال مشينة ويدل على حقارة النفس عند أهل الفضل من الناس عموماً ، أو فعل من الأفعال في بلد لا يعتادونه كالأكل في السوق والمشى حافياً .

وقال ابن عرفة من المألكية :

« المروءة هي المحافظة على فعل ما تركه مباح بوجوب الذم عرفاً كترك الملء الاعتعال في بلد يستقبح فيه مشى مثله حافياً ، وعلى ترك ما فعله مباح بوجوب الذم عرفاً كالأكل في السوق أو في حافوت الطباخ لغير الغريب » .

وقد قال ابن رشد في تعريفه للعدالة :

« إنها اجتناب الكبائر وإتقاء الصغائر وحفظ المروءة .

« وقد يكون العمل بالحرف الدينية مخللاً بالعدالة كاللباغة والحجامة والحياكة فيمن يزرى به التحرف بها ، وليس المحترف من أهل هذه الحرف ، وعلاؤا ذلك بأن هذه الحرف يكثر كذب المشتغلين بها واختلاف المواعيد عادة ، فنفس التعاطي لهذه الحرف ليس مخللاً وإنما المخل هو الكذب ، أى أن شأن هؤلاء الكذب .

« وأما إذا كانت هذه الحرف غير مزرية وكان المحترف من أهلها فلا تقدح في العدالة ، وكذلك فإن الدين من الحرف والصناعات لا يظل دينياً في كل زمان ومكان ، فإن الأمور تتبدل وتتغير بحسب العادات والأحوال . .

وقد قال الإمام الشاطبي - رحمه الله تعالى - عند الكلام عن العادات

المتبدلة :

ومنها ما يكون متبدلاً في العادة من حسن إلى قبيح وبالعكس ، مثل كشف الرأس فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع فهو لذوى المروءات قبيح في البلاد المشرقية وغير قبيح في البلاد المغربية فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك فيكون عند أهل المشرق قادحاً في العدالة وعند أهل المغرب غير قادح .

وإذا كان الشارع قد نص على اشتراط العدالة في الشهود فإذا ما ترك الإنسان الكبير واتى الصغار فإن ما يخل بالمروءة بعد ذلك ويعتبر قادحاً في العدالة يرجع فيه إلى العرف كما تبين من كلام فقهاء المذاهب .

وإذا كان التشريع الإسلامي قد حاط الشهادة بهذه العناية وبالشروط التي اشترطها في الشهود الذين تقبل شهادتهم ، فإن ذلك لما يترتب عليه من أحكام في الوقائع الكبيرة والصغيرة فإن الشارع مع ذلك ذكر أموراً لا تقبل فيها شهادة المرء ولو كان عدلاً وهي : شهادة الوالد لولده والولد لوالده والزوج لزوجته والزوجة لزوجها ، ولا تقبل شهادة من عدو على عدوه ، ولا شهادة رجل حريص على أداء الشهادة ، ولا شهادة مدين لمدانته وغير ذلك مما ذكره الفقهاء في الشهادة .

والتشريع الإسلامي حاط الشهادة بهذه الشروط في قبولها حتى يستطيع القاضى أن يحكم بموجبها فيأخذ كل ذى حق حقه لإعتدأ على أن الشهادة مقبولة من شهود عدول وجبت فيهم صفات العدالة في كل أحوالهم .

ويتعلق بهذا الموضوع أمران :

(١) هل يحكم القاضى بعمله في الشهود ؟

قال جمهور المالكية : وإن القاضى يحكم بعمله في الشهود بما علم من



بعد التهم أو تجريحهم وهذا محل اتفاق عند المالكية ، إلا « ابن الموان ، فإنه قال : تقدم بيينة التعديل على علمه بالتجريح » وقد رد ابن عبد البر قوله بالإجماع على أن القاضى يحكم بعلمه فى الشهود علم منهم إلا أن يطول زمن ما بين علمه بالتجريح وبين الشهادة بالتعديل فيعمل القاضى على تعديل الشاهد وتزكيته ، وهذا هو المروى عن ابن القاسم وأما إذا علم بعد التهم وجرحهم آخرون فالحق أنه لا يعمل بعلمه فيهم لأن غيره علم ما لم يعلم ، إلا أن يتحقق نفس السبب الذى جرحوه به كما لو جرحوه بشرب الخمر وقت كذا وهو يعلم أنه أكره عليه .

(٢) هل يحكم القاضى بعلمه فى الوقائع مع فساد الزمان وتغيره ؟

قال المالكية : لا يقضى القاضى بعلمه فى الحوادث التى علمها قبل ولايته ولا بما علمه بعدها وقبل جلوسه للحكم ، ولو جلس القاضى للحكم وقبل استدعاء المتخاصمين سمع أحدهما يقر للآخر فلما تقدم أمام القاضى أنكر ما أقر به ، والقاضى يشهد ذلك كله ويراه ، فإن حكم بشئ من ذلك نقض حكمه فى المسألة الأولى ، وهى إذا حكم بما علمه قبل ولايته وعلى المشهور فيما عداها .

واستظهر ابن عبد السلام من المالكية عدم نقض حكمه مراعاة لمن أجاز له الحكم بعلمه كإبى حنيفة رضى الله عنه — وهو ظاهر الرواية عند الحنفية فى غير الحدود الخالصة لله تعالى كدعاوى الأموال والزوجة والقصاص وحد القذف والسرقه فى حق المال لا فى حق القطع .

وقد استدلل المتقدمون من الحنفية على ذلك :

بأن النص والإجماع أفادوا جواز القضاء بالبينة والقاضى يحصل له بالبينة غلبة ظن الصدق فيدل بطريق الأولى على جواز القضاء بعلم القاضى

المستفاد من الحس لأن الحاصل بالحس هو القطع واليقين فيما عدا الحدود .

ولكن المتأخرين من الحنفية أفتوا بأن علم القاضى لا يكون طريقاً للقضاء فى الوقائع لفساد الزمان وتغير الأحوال والعرف ، حيث كثرت العداوات والأحقاد وغلب الظلم بحيث أصبح القاضى يشكو فى صدق دهواه العلم فى الواقعة موضوع النزاع ومتهما فى قضائه ، وقد ذكر الحموى فى شرح الأشباه لابن نجيم ، عن ابن سمانة :

« إن محمداً بن الحسن رجع عن رأيه الأول إلى هذا القول . »

وقال ابن نجيم « إن الفتوى على قول محمد المرجوع إليه . وأنه لا اعتبار بعلم القاضى ، وفى جامع الفصولين « أن الفتوى على قول محمد — رحمه الله تعالى . »

هذا ورأى الإمام مالك — رحمه الله تعالى — والذى قال به المتأخرون من فقهاء الحنفية وما روى أن محمد بن الحسن رجع إليه ، رأى له اعتباره ويجب العمل به نظراً لما عليه الحال من ضعف النفوس والوازع الدنى وتغلب الأهواء والشهوات حتى أصبح الاتهام غالباً على الناس (١) .

---

(١) يراجع فى هذا البحث خلاف ما ذكر فى البحث السابق — الموانقات لشمطى ج ٢ ص ٢٨٢ والمقارنات التشريعية للسيد حسين عبد الله ج ٣ ص ١٦ ، ١٧ ورسالة العرف العودة للشيخ أبى سنة ص ١٢٠ وشرح الحموى على الأشباه ، وجامع الفصولين .



# الباب السادس

## العرف واختلاف الفقهاء

(١) هل كان للعرف أثر في اختلاف الفقهاء ؟

(٢) هل كان للعرف أثر في انتقال الإمام الشافعي للمذهب الجديد ؟

### (١) هل كان للعرف أثر في اختلاف الفقهاء ؟

لقد تقدم أن الأدلة قامت من الكتاب والسنة والإجماع على اعتبار العرف في التشريع وأن العرف قد رجع إليه في الفقه الإسلامي في مسائل كثيرة ، والأحكام المبنية على العرف والمعللة به تتغير إذا تغير مناطها ، كما ذكر الفقهاء أن العرف يخصص العام ويقيد المطلق ويقضي على القواعد العامة والقياس كما قالوا : بجواز أمور كثيرة استحساناً وتحقيقاً للمصلحة نظراً للتعامل الجاري في المجتمع دفناً للضرر والمشقة .

فهل للعرف بهذه الصفة أثر في اختلاف الفقهاء ؟ والإجابة على ذلك تستدعي ذكر كلمة بحملة عن عصور التشريع حتى عصر المذاهب .

أولاً - لقد كان التشريع في عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يؤخذ من مصدرية الكتاب والسنة ولم يدون الفقه الإسلامي في عهد رسول الله ﷺ وقد جاء بعض نصوص التشريع فيها بحملة وبخاصة

في القرآن الكريم ، ولم يخض في التفريعات والتفصيل لتكون الشريعة الإسلامية صالحة للعمل والتطبيق في كل زمان ومكان .

ولم يأت في هذا العصر من الأحكام الشرعية إلا ما كان منها لا يتأثر بتغير الزمن أو البيئة سواء أكان بالإقوار أو الإلغاء لما تعارف عليه الناس ، أو ما يجب أن يكونوا عليه ، وما بقي بعد ذلك من تشريع للجزئيات التي تتغير وتبدل فقد اكتفى فيه بالقواعد العامة .

وكان المسلمون في عهد رسول الله ﷺ صلى الله عليه وسلم — يرجعون إليه في الوقائع والحوادث التي تحدث أو تجد ليحكم فيها ، ولذا كان التشريع الإسلامي في هذا العصر أكثر ما يكون مناسبة لحوادث وقائع حدثت في المجتمع الإسلامي ، وكانت آيات الأحكام تنزل حسب تطور الجماعة وأحوالها ، حتى كملت الشريعة واستقرت لتعمل في جميع أمور الحياة وكانت السنة مع القرآن مبينة أو مفسرة أو مكملة بأنواعها القولية والعملية والتقريرية .

### ثانياً — عصر الصحابة والتابعين :

في هذا العصر انقطع الوحي ، وسارت الفتوحات الإسلامية شرقاً وغرباً وشمالاً وجنوباً فانتشرت الدولة الإسلامية اتساعاً عظيماً ودخلت الشام والعراق ومصر وفارس وغيرها في نطاق الدولة الإسلامية .

وقد واجه المسلمون بسبب هذا الفتح مسائل ووقائع كثيرة في كل شأن من شؤون الحياة تحتاج إلى تشريع لم يكونوا هم في جزيرة العرب في حاجة إليه ، فها كان في العراق من نظم يخالف ما كان في مصر وما في مصر يخالف ما في الشام وكل ذلك يخالف ما في جزيرة العرب ، وأصبحت

الدولة في حاجة إلى تنظيم شئونها المالية والدفاعية ومعاملة أهل هذه البلاد وعلاقتهم بالفاتحين ، ولم ينص القرآن والسنة على المسائل الجزئية ما كان منها وما هو كائن — كما سلف — فنتج عن ذلك الإفتحام بالاشتريع لمواجهة الحوادث والوقائع الجديدة وظهرت آراء الفقهاء وقتلواهم ، ومنها نعلم أسباب اختلافهم في هذا العصر .

وهذا الاختلاف جاء نتيجة لمرونة النصوص الشرعية ، وليست هذه المرونة بالتى تجعل النصوص تخضع لغير المصلحة أو لإلحاق ضرر ، وإنما هى المرونة التى أعطت لكل باحث مجتهد وجهة نظر محددة ومقيدة بالإطار العام لمقاصد الشريعة الإسلامية التى جاءت لتحقيق المصلحة وتدفيع المفاسد . — كما سلف .

ولذلك لم يفته تأويل الفقهاء للنصوص الشرعية إلا إلى إدراك نتائج متعددة تبعاً لتعدد أساليب الفهم والاستنباط وتطور المقاييس الفكرية وتغير الظروف الاجتماعية ، وحلت كل نتيجة من هذه النتائج المتعددة رأياً له وجاهته واعتباره على أى حال ، تختار الجماعة منه ما يترجح لديها ، وقد يؤخذ في وقت آخر بغيره أو بوجهة نظر مخالفة أو اجتهد آخر نظراً لتغير العرف والزمان .

وقد ظهر فقه الرأى في هذا العصر وكان زعيم فقهائه عمر بن الخطاب وابن مسعود — رضى الله عنهما — بما كان له أثر كبير بعد ذلك في ظهور مدرستى الرأى والحديث في عصر المذاهب .

### ثالثاً — عصر المذاهب :

لقد استقرت الدولة الإسلامية في هذا العصر وانتشرت المدارس الفقهية في أماكن كثيرة في أنحاء الدولة الإسلامية .

والاجتهاد بالرأى في هذا العصر عند عدم وجود النص كان يسير على الوجه الآتي :

١ - أن يستنبط الفقهاء أحكام الحوادث الجديدة من القواعد العامة التي جاء بها القرآن والسنة .

٢ - أو يقيسوها على ما ورد فيها من أحكام أخرى في الفروع .

٣ - أو يراعوا روح الشريعة ومقاصدها العامة التي عليها من أسس التشريع الإسلامي التي قام عليها ، وهي اليسر ورفع الحرج وقلة التكليف وتحقيق العدالة .

وقد وجد الفقهاء الدولة الإسلامية على اتساعها واختلاف أعراف الناس وعوائدهم في المعاملات ونظام الأسرة وغير ذلك ، تحتاج إلى عمل دائب لوضع أحكام لوقائع لم تكن في الزمن الماضي ، وحينئذ بدأ الفقهاء يذكرون العرف كثيراً في فتاواهم ويتحدثون عن اعتباره في التشريع ، وليس هذا بجديد فقد رأوا أن الشريعة راعته في مسائل كثيرة جاءت أحكامها مطلقة ، مثل النفقة ، وكفارة اليمين وغيرها - كما سلف - كما قامت الأدلة على اعتباره في التشريع الإسلامي ، ولذا لم يكن هناك بد من القول باعتباره وبناء الأحكام عليه<sup>(١)</sup> .

فالإمام مالك - رضي الله عنه - يرجع إليه في بناء كثير من الأحكام وبخاصة عرف أهل المدينة ، ويسأله أحد تلاميذه عن الفتوى فيما يجب على الزوج في وليمة العرس ونحو ذلك فيقول بعد أن يقال له : إن هذه هي عادة الناس : « إن كانت لهم به عادة فليقرض عليهم ، ثم يضع ما يشبه

(١) يراجع معنى اعتبار العرف وأدلة اعتباره من ١٤٨ وما بعدها .

القاعدة العامة في البيع والتي أخذ بها المتأخرون من فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة — كما تقدم في «المعاطاة» وهو قوله : كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع . كما قال باعتبار عرف أهل المدينة — وهو عرف خاص<sup>(١)</sup> .

والإمام أبو حنيفة — رضى الله عنه — يأخذ بالعرف ويرجع إليه في المعاملات ، وقد اشتهر عنه القول بالاستحسان الذي يرجع كثير من مسائله إلى العرف أو استحسان العرف — كما سلف<sup>(٢)</sup> — وجاء في مناقب أبي حنيفة الدوفى المكي<sup>(٣)</sup> .

قال سهل بن مزاحم : «كلام أبي حنيفة أخذ بالثقة وفرار من القبح والنظر في معاملات الناس وما استقاموا عليه وصالحات عليه أمورهم ، يعضى الأمور على القياس فإذا قبح القياس يعضىها على الاستحسان مادام يعضى له فإذا لم يعض له رجع إلى ما يتعامل به المسلمون ، اهـ .

وغير ذلك مما تقدم ، يدل على أن فقهاء الحنفية قد أخذوا بالعرف وبنوا عليه كثيرًا من الأحكام .

والإمام الشافعى — رضى الله عنه — قد أخذ بالعرف واعتبره في بناء كثير من الأحكام كما تقدم فيما نقل عن الأمام في (العرف والإجماع) في الدية .

---

(١) يراجع ص ١٩٦ في شروط العرف .

(٢) العرف والاستحسان ص ٣٩٨ — ٤٠٦ .

(٣) ج ١ ص ٨١ .



كما ذكر في الرسالة أن العلم به من أدوات الفتوى بالنسبة للمفتي وللحاكم في القضاء والفتوى وذلك في عبارة «وجزة في الرسالة حيث يقول في باب الاجتهاد:

«لا يحل الفقيه عاقل أن يقول في ثمن درهم ولا خبرة له بسوقه» (١).

وذكر ابن القيم: أن الإمام الشافعي - رضي الله عنه - قال فيما رواه عنه الخطيب في كتاب الفقيه والمتفقه له:

«لا يحل لأحد أن يفق في دين الله إلا رجل عارف بكتاب الله تعالى... بصير بحديث رسول الله ﷺ ويعرف من الحديث مثل ما عرف من القرآن ويكون بصيراً بالشعر وما يحتاج إليه للسنة والقرآن، ويستعمل هذا مع الإنصاف، ويكون بعد هذا مشرفاً على اختلاف أهل الأمصار، واختلاف أهل الأمصار هو العرف» (٢).

والإمام أحمد - رضي الله عنه - قد أخذ بالعرف واعتبره في بناء الأحكام، وقد تقدم في «المعاطاة»، أن تحكيم العرف واعتبار دلالته على ما يقصده المرء من تصرفاته هو ظاهر مذهب الإمام أحمد - رضي الله عنه - كما ذكره ابن تيمية (٣).

وقد جاء في المغني لابن قدامة عبارة تشبه أن تكون قاعدة في هذا الموضوع وهي:

«إن ما جاء مطلقاً في الشريعة من الأحكام يرجع فيه إلى العرف».

(١) أعلام اللوطين ج ١ ص ٣٨، كما يراجع ج ٢ ص ٣٢٢.

(٢) يراجع ما تقدم في بيع المعاطاة.

ويقول ابن القيم في أعلام الموقعين :

« إن العرف جرى مجرى النطق في أكثر من مائة موضع ، .

ومع ذلك لم أجد أحداً من الذين كتبوا في أسباب الخلاف بين الفقهاء  
ذكر العرف أو تعرض له عند ذكر أسباب الخلاف بينهم .

وذكر الإمام الشاطبي في الموافقات (١) :

« أنه لا ينبغي أن يعد اختلافاً بين الأئمة إلا ما كان خلافاً على  
الحقيقة ، اهـ .

وبعد هذا أقول :

« إن العرف تبنى عليه الأحكام باتفاق وإن اختلفوا في التفاصيل  
كما اتفقوا على أن الكتاب حجة واختلفوا في التفريعات فهل  
بينهما فرق ؟ » .

رأى ابن خلدون في هذا الموضوع ومناقشته :

لابن خلدون ( في مقدمته ) رأى يذكر فيه : أن البلد الذي نهض فيه  
الإمام له أثر في تكوين مذهبه ، ويستدل على ذلك بمذهب الإمام مالك  
— رضى الله عنه — عند تحليله لانتشاره في المغرب والأندلس ، وأذكر  
ما قاله في ذلك مع الرد عليه بما يفيد عدم صحته وكذلك رد الأستاذ أحمد  
أمين عليه في فجر الإسلام (٢) .

وقال ابن خلدون :

« وأيضاً فالبدعوة كانت غالبية على أهل المغرب والأندلس ، ولم يكونوا يمانون الحاضرة التي لأهل العراق فكانوا إلى الحجاز أميل لمناسبة البدعوة ، ولهذا لم يزل المذهب المالكي غصناً عندم ولم يأخذه تنقيح الحضارة وتهذيبها كما وقع في غيره من المذاهب ، اهـ .

ويرد على ذلك :

١ — أن كلام ابن خلدون قد جاءه الصواب ، لأن مذهب الإمام مالك — رضى الله عنه — هو الفقه الذى يعرفه علماء القانون بأنه الفقه الواقعى ، ومعروف أن القانون للفرنسى مأخوذ من مذهب الإمام مالك — رضى الله عنه — فكيف يستقيم هذا الذى ذكره ابن خلدون ، والمعروف فى أسباب انتشار مذهب الإمام مالك — رضى الله عنه — فى المغرب والأندلس أن المغاربة والأندلسيين — وقد كان فى الأندلس حضارة — كانوا على صلة بالحجاز أكثر من صلتهم بالعراق نظراً لذهابهم إلى الحج ومقابلة الإمام مالك ، والسمع منه والاخذ عنه كما عمل بعض حكام الأندلس والمغرب على نشر مذهبه فى بلدهم كما هو معروف .

٢ — ويرد أحمد أمين على ابن خلدون فيقول :

« فهو — أى ابن خلدون — يريد أن يقرر ، أن البلد الذى نشأ فيه الإمام أو بداوته له أثر خاص فى تكوين مذهبه من كثرة الفروع وقلتها ، بل يظهر أن لها كذلك أثراً فى تكوين رأيه ... والظاهر أن هذا المنزع ، أعنى تقدير الإمام للظروف التى تحيط به وتأثيرها فى آرائه إنما يكون حيث لا يصح نص عند الإمام ، فأما إذا صح فلم يكن لهذه الظروف أثر فى تكوين رأيه .

ودليلنا ، على ذلك مثلا ما نرى من أن مذهب أبي حنيفة اعتبار الكفأة في الزواج نسباً ، فقريش عنده أكفاء لبعض ، وليس سائر العرب أكفاء لقريش ، والموالى ليس بكفاء للعرب ، مع أن الإمام مالك يقول : لا تعتبر الكفأة إلا في الدين لأنه صح عنده قوله - صلى الله عليه وسلم :

( الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي إنما الفضل بالتقوى ) ولو كانت المسألة لتقدير الظروف فقط لانعكس المذهبان ، اهـ .

وهذا الرأي يتفق مع ما أشير إليه أكثر من مرة أنه لا عمل للعرف حيث وجد النص ، لأن النص الشرعي هو محل نظر الفقيه أولاً قبل أي شيء آخر ، والإمام مالك - رضى الله عنه - صح عنده الحديث المذكور فلم يقل بالكفأة في النسب مع أن ذلك عرف للعرب الذين عاش معهم وبينهم يدرس ويعلم مدة طويلة من الزمن كان من الممكن أن يظهر ما تأثيرها فيه .

أما الخلاف بين الإمام مالك - رضى الله عنه - وغيره من الفقهاء حول عمل أهل المدينة فقد سبق أن قلت : أن الفقهاء الذين قبلوا باعتبار العرف الخاص لا يحق لهم أن يعترضوا على القول بعمل أهل المدينة أو عرف أهل المدينة ، لأنه أولى منه بالاعتبار .

وقد اعتبر المالكية عرف أهل المدينة ، لأن المدينة كان بها رسول الله ﷺ وهي مهبط الوحي ومجتمع الصحابة ومن جاء بعدهم من التابعين ، وكانت حاضرة الخلافة إلى زمن علي - كرم الله وجهه - وكان

بها من فقهاء المسلمين الفقهاء السبعة وغيرهم كشاف مولى ابن عمر وابن شهاب الزهري وربيعة بن عبد الرحمن (ربيعة الرأي) ومولاه كانوا يجتهدون فيما بينهم فيما لا نص فيه ، وكانوا يختلفون في الرأي كما كانوا يتفقون وإن كان الغالب عليهم الاختلاف أكثر من الاتفاق إلا أنه مع ذلك كان لهم عرف في بعض الأمور اتفقوا عليه ، وأصبح عرفاً مستقراً عندهم استحسنوه ولم يردوا الشريعة وكان متفقاً مع مقاصدها العامة وهو على ضربين :

أحدهما — ما وافق فيه أهل المدينة غيرهم .

الثاني — ما اتفق عليه أهل المدينة وخالفهم فيه غيرهم .

وهذان هما مراد المالكية يعرف أهل المدينة النوى اعتبروه في بناء الأحكام ، ومستندهم في هذا إما السنة القولية أو التقريرية أو الفعلية أو الاجتهاد .

ومثال الأول : الذي يرجع إلى السنة وجرى مجرى النقل عن النبي

ﷺ نقلهم لمقدار الصاع والمد وكترك صدقة الحضرات والأحاباس فهذا لم يختلف فيه الفقهاء وذكر ابن تيمية أنه حجة عند الشافعي وأحمد رضي الله عنهما .

وقد ذهب إلى ذلك أصحاب أبي حنيفة — رضي الله عنه — وذلك أنه

لما ذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن إلى المدينة واجتماعاً بالإمام مالك وسأله الإمام أبو يوسف عن مقدار الصاع والمد وتنقية الأذان وإيراد الإقامة ، وأجاب الإمام مالك — رضي الله عنه — ينقل أهل المدينة

المتواتر فيها - رجع إلى قول الإمام مالك ، وقال : لو رأى صاحبي  
- بقصد أبا حنيفة - ما رأيت لقال به ، اه .

ومعنى هذا أن أبا يوسف رأى أن ما جرى عليه عمل أهل المدينة بهذه  
الصفة لا ينافي أحد في كونه حجة حيث استمر العمل به من عهد النبي  
ﷺ إلى زمن الإمام مالك - رضى الله عنه - وقد ترك المالكية به  
به أخبار الآحاد .

### القسم الثانى : ما يرجع إلى الاجتهاد :

كانت الحركة العلمية في المدينة تعمل على مواجهة أمور الحياة بعد  
وفاة النبي صلى الله عليه وسلم وكان في المدينة أكابر الصحابة كعثمان  
وعلى بن أبي طالب وطلحة والزبير وسعد بن أبي وقاص وعبد الرحمن  
ابن عوف - رضى الله عنهم - وهم أهل الشورى وغيرهم وكان عمر  
ابن الخطاب - رضى الله عنه - يشاورهم ويرجع إلى رأيهم فيما لم يجد فيه  
شيئاً عن رسول الله ﷺ .

وكان بعض الصحابة في الأمصار الأخرى يفتون فيها ويرجعون إلى  
أهل المدينة كما حدث من عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه - في  
الكوفة فقد أفتى في بعض المسائل ثم جاء إلى المدينة فرد عليه بعض الصحابة  
قوله فجمع إلى قولهم .

وفي عهد التابعين حدث الاختلاف بين فقهاء المدينة ومع هذا وجد  
في المدينة أعراف مستقرة أجمعوا عليها ومستندة لها هو الاجتهاد - كما سلف  
في الحديث عن خيار المجلس في البيع . وتأجيل بعض الأمور في الزواج  
( ٣٨٠ أثر عوف )

وحكم المطالبة بالمؤجل (١) .

وأهل المدينة فيما ذهبوا إليه ما كانوا ينفذون رأياً من الآراء التي توجد عندهم في المدينة إلا بعد تصويب الفقهاء الذين يرجع إليهم في الأمور الشرعية له ، وبديل على ذلك ما رواه الإمام مالك - رضى الله عنه - في الموطأ عن يحيى بن سعيد قال : سمعت القاسم بن محمد يقول : إن يزيد بن عبد الملك بن مروان أمير المدينة فرق بين رجال وبين نساءهم وكن أمهات أولاد رجال هلكوا فتزوجوهن بعد حيضة أو حيضتين ففرق بينهم حتى يعتدون أربعة أشهر وعشراً ، فقال القاسم بن محمد : سبحان الله يقول الله في كتابه : ( والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً ) ما هن من الأزواج ، فرأى القاسم بن محمد أن عدتهن حيضة واحدة . قال الإمام مالك وهو الأمر عندنا . اهـ .

وهذه الأعراف التي مرجعها إلى الاجتهاد لم يتفق المالكية على اعتبارها لأن منها ما كان مبنياً على عرف أهل المدينة في زمن الإمام مالك - رضى الله عنه - أو قبله والعرف تغير وتبدل فقد كان عرف أهل المدينة في وقت أن المرأة لا تدخل حتى تقبض جميع صداقها ثم تغير وأصبح العرف جواز تأجيل بعض الصداق والمطالبة به متى شئت كما تقدم .

وقد جاء في موطأ الإمام مالك - رضى الله عنه - ذكر لكثير من أعراف وعادات أهل المدينة وقد روى محمد بن الحسن - رضى الله عنه - في الموطأ عن الإمام مالك مضيفاً بذلك علم أهل الحجاز إلى علم أهل العراق ، وقد أزال ذلك كثيراً من الخلاف والجفوة التي كانت بين علماء البلدين ، كما ذكر الإمام أبو يوسف في عبارته المتقدمة ، وذلك لأن نظر المالكية

(١) - يراجع ما ذكر في مجال قاعدة العرف ويراجع ما تقدم في العرف والإجماع .

إلى عرف أهل المدينة لا لمجرد كونه عرف أهل المدينة ، وإنما لأن له مستنداً شرعياً .

وكذلك وجد في العراق من علماء المالكية القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي والقاضي اسماعيل بن اسحاق — وغيرهما — من الذين حملوا مذهب الإمام مالك — رضى الله عنه — إلى العراق ودرسوه هناك ، وكانت لهم آراء فقهية مخرجة على أصول مذهب مالك تتواءم والعرف الذى وجد في العراق كما فعل علماء المالكية في مصر والمغرب والأندلس ، وكما فعل فقهاء الحنفية في العراق وما وراء النهر ، والشافعية في الأمصار التى وجدوا فيها ، ولا أستطيع بعد ذلك أن أقول : ان اعتبار العرف أو تطبيق القواعد العامة عليه يعتبر سبباً من أسباب الخلاف التى تذكر عند الحديث عن أسباب اختلاف الفقهاء لأنه لا يعد خلافاً على الحقيقة — كما أشار إليه الإمام الشافعي — وإن كان العرف مع ذلك أثر في اختلاف الفروع في المذهب الواحد أو بين المذاهب المختلفة فهو ليس اختلافاً على الحقيقة ، لأن الكل متفق على تحكيم العرف في الوقائع وبناء الحكم عليه كما تقدم .

## ٢ — هل كان للعرف أثر في انتقال الإمام الشافعي للمذهب الجديد ؟

بين مولد الإمام الشافعي — رضى الله عنه — سنة ( ١٥٠ هـ ) ووفاته سنة ( ٢٠٤ هـ ) تنقل — رضى الله عنه — كثيراً من غرة حيث ولد إلى مكة ، ثم إلى البادية ليتعلم اللغة والأدب ، وقد وجد للبادية عادات وتقاليد تخالف عادات المدن فتعرف على أحوالهم وشئونهم . ثم عاد إلى مكة ليجد فيها عادات وأعراف غير ما وجدته في البادية ، وباعتبارها البلد الحرام الذى يفد إليه الحجاج من بلاد كثيرة في الشرق والمغرب تعددت الوقائع



التي تحدث فيها واحتاج فقهاء مكة إلى البحث عن أحكام لهذه الوقائع .

وقد طلب الإمام الشافعي — رضى الله عنه — العلم عن كان في مكة من الفقهاء والمحدثين حتى أذن له في الفتيا مسلم بن خالد الزنجي ، وقال له : « أفت يا أبا عبد الله فقد آن لك أن تفتي » ، ثم رحل إلى المدينة ليجد فيها من المعادات والأعراف ما لم يجد في غيرها ، ولأهلها معاملات في شئون الزراعة لم تكن في مكة ورأى الإمام مالك — رضى الله عنه — يفتي في الوقائع حسب العرف الجاري في المدينة ، وكان الإمام الشافعي — رضى الله عنه — يكبر أستاذه ويحترمه فتأثر به تأثراً كبيراً .

ولما فارق الإمام مالك — رحمه الله تعالى — وقد نال الشافعي — رضى الله عنه — من العلم شأراً بعيداً ، وكان ما يزال فقيراً ففكر في عمل يرتزق منه حتى يدفع عن نفسه الحاجة والفقر فساعده ( مصعب بن عبد الله القرشي ) قاضي البين على أن يلي عملاً في البين فوليه وأحسن السيرة فيه ، وقد رأى في البين طائفة ووقائع لم يرها في مكة أو المدينة تستدعي منه وهو الوالي الفقيه العالم ، أن يضع لها حلولاً وأحكاماً حتى تنتهي هذه المشاكل وأصبح يحكم عمله الذي استمر إلى سنة ( ١٨٤ هـ ) خبيراً بأحوال الناس وأعرافهم وعاداتهم نظرياً وعملياً .

ثم بعد ذلك ذهب إلى بغداد متهماً بالتشيع ، وبعد برامته من هذه التهمة عاد إلى مكة ليرجع إلى العراق مرة أخرى ، ولزم الإمام محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة — رضى الله عنهما — أثناء إقامته في العراق ، وأخذ عنه فقه الحنفية كما درس كتبه التي وضعها . . وبعد أن استقر في العراق لمدة سنتين وجد أنه بعد هذه الرحلات وإطلاعه على أعراف الناس وعوائدهم وفقه المدينة والعراق ، لا بد له أن يدون مذهبه الذي وصل إليه بدل أن يعد من أتباع الإمام مالك — رضى الله عنه — فوضع

كتابه (الحجة) والذي يسمى بالكتاب القديم أو المذهب القديم .

وقد كان كتاب (الحجة) رداً على كتب الحنفية كما ذكر الخطيب البغدادي في (تاريخ بغداد) وابن حجر العسقلاني في توالي التأسيس . ولما أراد أن يضع مذهبه الذي يخالف فيه الحنفية وغيرهم وضع كتابه الجديدة (أو المذهب الجديد) بعد رحلته إلى مصر ، قال ابن حجر :

« إن الإمام الشافعي وضع كتابه البغدادي بعد أن انظر في كتب أبي حنيفة ، .

وذكر في ذلك عن البويطي قوله :

« قال الشافعي — رضي الله عنه — اجتمع على أصحاب الحديث فسألوني ، أن أضع على كتاب أبي حنيفة ، فقلت : لا أعرف قولهم حتى أنظر في كتبهم فأمرت فكتب لي كتب محمد بن الحسن فنظرت فيها سنة حتى حفظتها ، ثم وضعت الكتاب للبغدادي ( يعني الحجة ) ، اهـ .

وقال ابن حجر أيضاً :

« انتهت رئاسة الفقه في المدينة إلى مالك بن أنس ، ورحل إليه الشافعي ولازمه وأخذ عنه وانتهت رئاسة الفقه بالعراق إلى أبي حنيفة فأخذ الشافعي عن صاحبه محمد بن الحسن حملاً — من الكتب — ليس فيها شيء إلا وقد سمعه عليه فاجتمع له علم أهل الرأي ، وعلم أهل الحديث فتعرف في ذلك حتى أصل الأصول وتعد الأواعد وأذعن له الموافق والمخالف واشتهر أمره وعلا ذكره وارتفع قدره حتى صار منه ما صار ، اهـ .

وبعد العراق رحل الإمام الشافعي — رضي الله عنه — إلى مصر ،

وقد جمع فقه العراق بعد فقه المدينة ليوافق فيها حياة وحضارة لم يجدوها في غيرها من البلاد ، فالمصريون عندهم أنواع من المعاملات لا يتعامل بها أهل العراق ولهم أنماط من الحياة الاجتماعية مختلفة تتطلب تشريعاً يوائمها ويتلاءم معها في داخل الإطار العام للشريعة الإسلامية ، حيث يوجد النيل في مصر ونظام للزراعة والرى غير نظام دجلة والفرات في العراق ، وذلك يستتبع اختلافاً في الخراج وما إليه .

وكان لهذا وغيره أثر جمل الإمام الشافعى — رضى الله عنه — يعمل على وضع حلول وفتاوى لما عرض عليه في مصر لأن الفقيه المجتهد مطالب بالفتوى فيما يعرض عليه من مسائل تحتاج إلى حكم شرعى .

وقد اتقى الإمام الشافعى في مصر فقهاءها وعلماءها من المالكية مثل ابن عبد الحكم وتلاميذ الليث بن سعد — رضى الله عنه — وتحدث معهم وتناظروا في كثير من المسائل الفقهية وقد كان لذلك وغيره أثر في تمحيص الإمام الشافعى — رضى الله عنه — لكثير من آرائه التي قال بها في العراق وغيرها ، وأصبحت هذه الآراء والفتاوى التي حدثت في مصر تعرف بالمذهب الجديد أو الأقوال الجديدة التي كان يحرص على أن يأخذها أصحابه ويتركوا مذهبهم القديم .

ولذلك عفى الفقهاء بكتبه الجديدة أكثر من القديمة ، وقد روى أن الإمام أحمد — رضى الله عنه — قال لمحمد بن واره : إذ قدم إلى بغداد من مصر ( هل كتبت كتب الشافعى ) قال : لا ، قال الإمام أحمد : ( فرطت ) فرجع إلى مصر فمسخ الكتب ، التي وضعها في مصر ، كما روى أن الإمام أحمد — رضى الله عنه — قال :

« عليك بالكتب التي وضعها بمصر فإنه وضع هذه الكتب بالعراق ولم يحكمها ثم رجع إلى مصر فأحكم ذلك ، اهـ . »

فما الذي يفهم من عبارة الإمام أحمد ( ولم يحكما ) فهل تدل على أن الإمام الشافعي غير مذهبه أو اجتهاده الذي كان عليه قبل مجيئه إلى مصر وإذا كان الأمر كذلك فهل للعرف أثر فيه .

هذا هو ما سأحاول الإجابة عنه :

د إن قول الإمام أحمد — رضى الله عنه — ولم يحكما ثم رجع إلى مصر فأحكم تلك لها كل الدلالة على أن اجتهاد الإمام الشافعي — رضى الله عنه — تغير تغييراً شاملاً وبخاصة إذا علم أن الإمام أحمد كان من رواة الكتاب القديم ( الحجة ) أو المذهب القديم في العراق ، .

وهذا التغير الشامل لمذهبه هو ما يفهم من كلام الزوى — رحمه الله تعالى — في ( مقدمة المجموع ) حيث قال :

« لأنه لم يعد يفتى على المذهب القديم للإمام الشافعي — رضى الله عنه — إلا في سبعة عشر مسألة ، وقد ذكر هذه المسائل وأغلبها في العبادات ، كما ذكرها السيوطي في آخر كتابه ( الأشباه والنظائر ) .

وقد اشتهر أن القديم ما قاله بالعراق إفتاء وتصنيفاً وسمى كتابه ( الحجة ) والجديد ما قاله في مصر إفتاء وتصنيفاً .

وهذا تقسيم قاصر لأن المذهب الجديد يقابل القديم فيما لو اختلف حكم الحادثة الواحدة أما لو انفردت حادثة بحكم في القديم أو في الجديد فإن هذا يعتبر قسماً ثالثاً .

ولهذا أقول بقول من قال :

د إن القديم هو ما قاله قبل دخوله مصر ولم يستقر رأيه عليه ، والجديد ما استقر رأيه عليه في مصر وإن كان قد قاله في العراق ، .

وأعيد السؤال مرة أخرى ، وهل كان للعرف أثر فيه ؟

إن أول من أثار الحديث في هذا الموضوع كما أعلم هو الأستاذ أحمد أمين في كتابه ، ضحى الإسلام ، حيث ذكر :

أن ما رجده الإمام الشافعي — رضى الله عنه — من أعراف وعادات لها أثر في تغييره لمذهبه ، مع أنه قد قال قبل ذلك في دجر الإسلام ، كما نقل عنه فيما تقدم في مناقشة أن الظروف التي تحيط بالإمام لا أثر لها في آرائه إلا إذا لم يجد نصاً أو يصح عنده نص شرعى . .

فهل انتقد الإمام الشافعي — رضى الله عنه — النصوص حتى لم يجد بداً من العرف فآثر في مذهبه الذي انتقل إليه ، أم أن العرف قد أثر فيه مع وجود النصوص ؟

المعلوم أن الإمام الشافعي — رحمه الله تعالى — كان من أكثر الفقهاء عناية بالنصوص كما يلاحظ ذلك في كتابه (الأم) وما استدلل به (أحمد أمين) من آراء للإمام الشافعي في الأم على ما ذهب إليه ، عند مناقشتها لا تقوم دليلاً على دعواه ، ومن الغريب أن من كتب عن الإمام الشافعي — رضى الله عنه — بعده قد تبعه في هذا الرأي !

وأذكر ما قاله أحمد أمين أولاً مع مناقشته مستدلاً بما استدلل به على مدعاه بما ذكره الإمام الشافعي — رضى الله عنه — في الأم ، في مواضع مختلفة ، وإن كان قد أشار إليهما فساداً ذكرهما بنصها حتى يتبين وجه الحواب في هذا الموضوع إن شاء الله تعالى .

قال في ضحى الإسلام :

إن العلماء يقسمون فقه الشافعي إلى مذهبين قديم وجديد ، فأما

القديم فهو ما كتبه وقال به في العراق ، وأما الجديد فهو ما كتبه وقال به في مصر ، ذلك أنه لما جاء مصر عدل عن بعض أقواله كان قاطعاً من قبل ، وسببه أنه خالط علماء مصر وسمع ما صح عندهم من حديث ، وسمع تلاميذ الليث بن سعد ينقلون عنه آراءه وفقهه ورأى بعض حالات اجتماعية تخالف تلك التي رآها في الحجاز فغير ذلك من فقه الشافعي في بعض أقواله وأطلق عليه المذهب الجديد ، اهـ .

ويقول أيضاً :

د إنه كان للمصريين معاملات لا يتعامل بها أهل العراق ولا الحجازيون ونظام الرى للنيل في مصر غير نظام دجلة والفرات ، وذلك يستتبع اختلافاً في الخراج وما إليه وكلاهما يختلف في ذلك عن بلاد لا تعرف أنهاراً كالبحجاز ، كل هذا وأمثاله كان له أثر كبير في تكوين مذهب الشافعي رضي الله عنه ، اهـ .

ثم يمثل لتأثر الإمام الشافعي — رضي الله عنه — بعرف المصريين فيقول :

وتم هو — أي الإمام الشافعي — متأثر بالمصرية أحياناً فإذا أراد أن يمثل بصيغة لوقفية مثل لذلك وقف بيت في الفسطاط من مصر ، ويتكلم في الطين الذي يعرف بالطين الأرمني والطين الذي يقال له د طين البحيرة ، وهما يدخلان في الأدوية ، ويقارن بين الطين الأرمني وطين رآه في الحجاز . ويتكلم في القراطين وهي مصرية ويدين متى يجوز أن تسلف ، ومتى لا يجوز . ويتكلم في شهادة الشعراء ، ومن يجوز شهادته منهم وما لا يجوز فيستحلي من حال الشعراء في مصر إلى أمثال ذلك ، اهـ .

هذا هو ما ذكره الاستاذ أحمد أمين ، في هذا الموضوع ومناقشته  
تستدعي الرجوع إلى كتاب الأم في هذه المسائل التي ذكرها وهي  
حسرة الوقفية ، و د الطين الأرمي ، و د القراطيس ، و د شهادة الشعراء .

١ — المثال الأول : وهو صيغة الوقفية التي مثل بها وإن كانت  
مطولة بمض الشئ فإنه لا بد من ذكرها مع اختصار قليل لا يخل بالموضوع .  
قال في الأم :

« هذا كتاب كتبه فلان بن فلان للفلاني في صحة من بدنه وعقله وجواز  
أمره وذلك في شهر كذا من سنة كذا ، أني تصدقت بداري التي بالفسطاط  
من مصر في موضع كذا أحد حدود جماعة هذه الدار ينتهي إلى كذا ،  
والثاني والثالث والرابع ، تصدقت بجميع أرض هذه الدار ، وعمارتها من  
الخشب والبناء والأبواب ، وغير ذلك من عمارتها ومسائل ماؤها وأرفافها  
ومرتفعاتها ، وكل قليل وكثير هو فيها ومنها ، وكل حق هو لها داخل فيها  
وخارج منها ، وحسبتها صدقة بنة مسيلة لوجه الله وطلب ثوابه لا مشنوية  
فيها ولا رجعة حبساً محرمة لا قباغ ولا ثورث ولا أذهب حتى يرث الله  
الأرض ومن عليها وهو خير الوارثين ، وأخرجتها من ملكي ، ودفعتها  
إلى فلان بن فلان يليها بنفسه وغيره عن تصدقت بها عليه على ما شرطت  
وسميت في كتابي هذا وشرطي فيه أني تصدقت بها على ولدي أصلي ذكراً  
وأناهم من كان منهم حياً اليوم أو حدث بعد اليوم وجعلتهم فيها سواء  
ذكراً وأنثاهم صغيرهم وكبيرهم شرعاً في سكنائها وغلتها لا يقدم واحد  
منهم على صاحبه ما لم تتزوج فإذا تزوجت واحدة منهم وبانت إلى زوجها  
انقطع حقها ما دامت عند زوج وصار بين الباقيين من أهل صدقتي . كما بقي  
من صدقتي يكونون فيها شرعاً ما كانت عند زوج فإذا رجعت بموت زوج

أو طلاق كانت على حقها من داري قبل أن تتزوج ، وكلما تزوجت واحدة من بناتي فهي على مثل هذا الشرط تخرج من صدقتي ناكحة ويهود حنفها فيها مطلقة أو ميتاً عنها لا تخرج واحدة منهم من صدقتي إلا بزواج وكل من مات من ولدي أصلي ذكراً وأنثاهم رجع حقه على الباقيين معه من ولدي أصلي ...

ثم ذكر بعد ذلك أن ولده على هذا الشرط إذا انقرض ولده لأصله فإذا لم يبق أحداً منهم صارت إلى والد ولد ولده ، بهذا الشرط إلى مائة أب أو ينقطع نسبه ولا يدخل فيه من ولد بناته إلا من كان من ولد ولده الذكور ... فإذا انقرضوا كانت وفقاً على ذوى رحمه المحتاجين من قبل أبيه وأمه ويكونون فيما سواه ذكراً وأنثاهم ، فإذا انقرضوا كانت لمواليه الذين أنعم عليهم بالعنافة وأنعم عليهم آباؤه وأولادهم ما تناسلوا ذكراً وأنثاهم سواء فإذا انقرضوا كانت حياً على من يمر بها من أبناء السبيل والمسارة والمفقراء والمساكين من جيران الدار الموقوفة وغيرهم من أهل الفساطط وغزاة مصر ...

ثم بين أنه إذا ضعف من ولاء عن ولايتها انتقلت إلى من كان من ذوى الأمانة والقوة من ولده ، وهكذا كل من تغيرت أمانته وضعف عن الولاية انتقل إلى غيره من ولده فإن لم يوجد فمن أهل صدقته على ما شرط أو من ذوى رحمه ، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء فرجل يختاره الحاكم من المسلمين فإذا أحدث من ولده أو من مواليه رجل له قوة وأمانة نزعه الحاكم من يد مولاة من قبله ثم ردها إليه ، وليس للقاضي أن يخرجها من يد من ولاء ما دام قوياً أميناً وكذلك من صارت إليه الولاية ما دام قوياً أميناً ، ولا من يد أحد من القرن الذي تصير إليهم ما كان فيهم من يستوجب ولايتها بالقوة والأمانة ، ولا يولى غيرهم وهو يجد فيهم من يستوجب



الولاية . . . شهد على إقراره فلان بن فلان وفلان بن فلان ومن  
شهد<sup>(١)</sup> . هـ .

وهذه صورة وثيقة الوقف التي استدل بها ( أحمد أمين ) على تأثر  
الإمام الشافعي — رضى الله عنه — بالعرف في مصر أو بالمصرية هل حد  
تعبيره ، والناظر فيها يجد أنها صورة وثيقة في الوقف لبيت في القسطنطينية  
يمكن أن توضع لغيره في أى مكان وفي أى زمان وما نقل الإمام الشافعي  
— رحمه الله تعالى — لهذه الوثيقة إلا مثلاً أراد أن يضربه لصورة الوقف  
كمثال حاضر أوحى به الظروف فرأى أن يمثل به لتلاميذه ، ولم يفهم  
منه تلاميذه قطعاً أن الحكم خاص بهذا البيت أو غيره من بيوت  
القسطنطينية .

وهذا التأثر الشافعي لا يمكن أن يعد تأثراً في الاتجاه الفقهي لأن  
هذا النوع من التمثيل لا أثر له في صميم المسألة الفقهية ، وكل الذى يفهم منه  
أن الإمام الشافعي — رضى الله عنه — أملى هذه الوثيقة وهو في القسطنطينية  
فكيف يمكن القول بأن ذلك يعتبر مثلاً على أثر العرف الذى كان في مصر  
في انتقال الإمام الشافعي للمذهب الجديد ؟

٢ — وأما المثال الثانى — وهو أنه كان يتكلم في الطين الأرمنى أو  
طين البحيرة ، ويقارن بينه وبين طين رآه في الحجاز ، ففد جاء فيه قوله  
في ( الأم ) :

« وقد رأيت طيناً يزعم أهل العلم به : أنه طين أرمنى ، ومن موضع  
منها معروف وطين يقال له طين البحيرة والمختوم ، ويدخلان معاً في

الأدوية ، وسمعت من يدعى العلم يزعم : أنهما يغشيان بطين غيرهما لا ينفع  
منفعتهما . ولا يقع موقمهما ، ولا يسوى مائة رطل منه رطلا من واحد  
متهما ، ورأيت طيناً عذناً بالحجاز من طين الحجاز يشبه الطين الذي  
يقولون إنه أرمني . . . فإن كان مما رأيت ما يختلط على المخلص بينه وبين  
ما سمعت من يدعى من أمل العلم به ولا يخلص ، فلا يجوز السلف فيه بحال ،  
وإن كان يوجد عدلان من المسلمين يخلصان معرفته بشيء يبين لهما جاز  
السلف فيه ، وكان كما وصفنا قبله من سلف فيه من الأدوية ، والقول  
فيه كالقول في غيره إن تبين بلون أو جنس أو بلد لم يحز السلف فيه حتى  
يوصف لونه وجذبه ويوصف بوزن معلوم ، (١) اهـ .

وهذا المثال لا يصلح كمثال لتأثير الشافعي بما وجده من أعراف  
وعادات في مصر ، وذلك لأن الإنسان لو قارن بين شيء رآه في بلد وشيء  
في بلد آخر لما عد هذا مؤثراً في إفكاره وإعطاء الإمام الشافعي - رضي  
الله عنه - للطين الأرمني حكماً لم يطمه لغيره ، لا بعد انتقالاً من حكم قديم  
إلى حكم آخر جديد ، وإنما هما نوعان من الطين عرف أحدهما  
فأعطاه حكماً .

ثم عرف الآخر فأعطاه نفس الحكم إذا كان مما لا له ، فإذا كان مخالفاً  
أعطاه حكماً آخر فكيف يمكن القول : إن هذا يصلح دليلاً على تأثير  
الإمام الشافعي - رضي الله عنه - بالعرف في آرائه ومذهبه الجديد .

٣ - وأما المثال الثالث : وهو مثال القراطيس المصرية ، فقد قال  
في الأم :

وإن كانت القراطيس تعرف بصفة كما تعرف الثياب بصفة وذرع وطول وعرض وجودة ورقة وغلظ واستواء صنعه أسلف فيها على هذه الصفة ولا يجوز حتى تستجمع هذه الصفات كلها وإن كانت تختلف في (قرى أورسانيق) لم يجوز حتى يقال : صنعه قرية كذا أو كورة كذا أو رستاق كذا فإن ترك من هذا شيئاً لم يجوز السلف فيها والقول فيها كالقول فيما أجزنا فيه السلف غيرها ، وإن كانت لا تضبط بهذا فلا خير في السلف فيها ولا أحسبها بهذا إلا مضبوطة ، أو ضبطها أصح من ضبط الثياب أو مثله ، (١) انه .

وبفهم من هذا أن القراطيس لم تكن معروفة للإمام الشافعي — رضى الله عنه — من قبل ولم يكن له رأى ساق فيها ولا دخل لمصر في حديثه عنها إلا أنها أفاضت له موضوعاً جديداً يبحث فيه ويطبق أصول مذهبه عليه ، ولو وجد هذا المثال في العراق أو الحجاز لتحدث فيه وبين حكمه لأن المجتهد مكلف بأن يعطى ما يعرض له من الوقائع حكماً شرعياً مناسباً وحديثه عن القراطيس وبيان متى يجوز أن تسلف ومتى لا يجوز لا يعد اختلافاً في المذهب ورجوعاً من قديم إلى جديد ، لأن هذا الموضوع هو الذى تأثر بفقهاء الإمام الشافعي — رضى الله عنه — كما يفهم من عبارة الام المذكورة .

٤ — وأما المثال الرابع : وهو أن الإمام الشافعي — رضى الله عنه — كان يتكلم في الشعراء في مصر من تقبل شهادته منهم ومن لا تقبل شهادته فقد قال في الام :

« فن كان من الشعراء لا يعرف بنقص المسلمين وأذام والإكثار من ذلك ولا بأن يمدح فيكثر التكذب لم ترد شهادته ، ومن أكثر الوقعة في الناس على الغضب والحرمان حتى يكون ذلك كثيراً ظاهراً مستعملناً ، وإذا رضى مدح بما ليس فيهم حتى يكون ذلك كثيراً ظاهراً مستعملناً كذباً محضاً ردت شهادته بالوجهين وبأحدهما لو انفرد به .

وإن كان إنما يمدح فيصدق ويحسن الصدق أو يفرط فيه بالأمر الذي لا يمحض أن يكون كذباً لم ترد شهادته ، ومن شذب بامرأة بعينها ليست بمن يحمل له وطؤها حين شذب فأكثر فيها وشمرها وشمر مثلها بما يشبه وإن لم يكن زنى ردت شهادته ومن شذب فلم يسم أحداً لم ترد شهادات لأنه يمكن أن يشذب بامرأته وجاريته وإن كان يسأل بالشعر أو لا يسأل فسواء » ١٥ .

فإذا ما قال د أحمد أمين ، : إنه استعمل ذلك من حال الشعراء بمصر وهو يعد دليلاً على تأثره بالمصرية فيمكن الرد عليه :

بأن الشعراء في بيئة الإمام الشافعي الأولى كانوا أكثر منهم في مصر والفقهاء وأهل العلم كانوا ينظرون إليهم نظرة صورها الإمام الشافعي — رضى الله عنه — في عبارته المذكورة ، فليس هذا بجديد وإنما يكون جديداً لو كان في القديم يحيز شهادة الشعراء بإطلاق أو بمنعها بإطلاق ثم رجع عن ذلك وترك ما قاله أولاً أو بعضاً منه ، ثم قال بغيره :

هذا هو ما أشار إليه الأستاذ أحمد أمين في دعواه بأن للعرف أثراً في

انتقال الإمام الشافعى — رضى الله عنه — من المذهب القديم إلى المذهب الجديد ، وعند مناقشتها كما تبين لم تنمض دليلاً على المدعى ، كما أنه يناقض قوله فى الرد على ابن خلدون مع أن الظروف التى تحيط بالإمام لا أثر لها فى فقهه حيث وجد النص الشرعى — كما سلف .

وقد تقدم أن الإمام الشافعى — رضى الله عنه — سمع فى مصر من ابن عبد الحكم وتناظر معه كما اتى تلاميذ الليث بن سعد وأعجب بفقهه كما سمع من غيرهم أحاديث لم يكن قد سمعها أو قوى برواياتهم بعض رواياته فى الحديث ، وأما نتيجة ذلك فهى كما قال أحمد أمين :

« كل هذا وأمثاله كان له أثر كبير فى تكوين مذهب الإمام الشافعى — رضى الله عنه — وغير ذلك من فقه الشافعى فى بعض أقواله وأطلق عليه المذهب الجديد » .

هذا وإن الإمام الشافعى — رضى الله عنه — لما وضع كتبه الجديدة فى مصر وأحكمها كما جاء فى عبارة الإمام أحمد المتقدمة ، يمكن فهمها ، على احتمال : أن الإمام الشافعى — رضى الله عنه — أخذ بأحاديث ظهرت له صحتها بعد مناقشة فقهاء مصر كما اطلع على مسائل لم تكن لديه من قبل فقوى بذلك آراءه أو تغير اجتهاده فيها .

والإمام الشافعى — رضى الله عنه — الذى قال : « إذا صح الحديث فهو مذهبي » ، وقال للإمام أحمد — رضى الله عنه — « إذا صح عندك الحديث فأعلمنى سواء أكان شامياً أو عراقياً » .

لا يمكن القول بعد هذا أن أخذه بالحديث الذى ظهرت له صحته يجعله متأثراً بإقليم بخصوصه لأنه وجد عند أمته ذلك الحديث ، وإذا ما بقى

مسائل فقهية على حديث سمعه في مصر فلا يمكن القول أنه تأثر بمصر ، وكذلك إذا ما بنى بعض المسائل على ما سمعه بالعراق أو الحجاز ، أو أى بلد آخر ذهب إليه ، اللهم إلا إذا كان هذا التأثر لادنى ملازمة كما يقولون .

وهذا لا يمنع من القول بأن مناظرات الإمام الشافعى — رضى الله عنه — مع فقهاء مصر وإطلاعه على ما فيها له أثر في تمحيصه لبعض الآراء والأقوال وإحكامها أكثر من ذى قبل وبخاصة أن الإمام الشافعى — رضى الله عنه — جاء إلى مصر في فترة فضوجه العلمى ولم يقتصه شىء سوى الاستقرار الذى يجعل الفقيه والمجتهد يخرج للناس نتاج علمه وخلاصة تفكيره وتحصيله وهذا هو ما كان يفتشده من رغبته في الحجى إلى مصر .

وكذلك كانت الفترة التى عاشها في مصر قليلة لا تسفى لتكوين فكرة جديدة تجعله يترك من أجلاها مذهباً كونه العمود ركزته الرحلات والاستفار عاجله يشغل بالتدريس دون تردد في جامع عمرو بن العاص ، ويملى كتبه ومسائله على تلاميذه وطلاب علمه .

ومن رجع إلى كتاب الأم وجد أن أغلب المدارك التى يعتمد عليها راجعة إلى الستة والآثار والتأثر الذى سببه الحديث أو الأثر لا يمكن أن ينسب إلى مصر أو غيرها — كما تقدم — لأن أهل مصر كانوا متأثرين في الرواية بغيرهم من الصحابة وعلماء الحديث وليسوا مؤثرين ،

ولو فرضنا بعد ذلك : أن في فقه الإمام الشافعى — رضى الله عنه — اختلافاً بين القديم والجديد سببه العرف فهل يمكن أن يعد هذا مذهباً جديداً ترك بسببه أراه القديمة أو مذهباً القديم .

## والجواب على ذلك :

١ — أنه لو اتفق عرف مصر والعراق واختلفت الفتوى لاعتبر هذا مذهباً جديداً .

٢ — أما لو اختلف العرف فإن هذا لا يعد مذهباً جديداً لأن الفتوى تختلف باختلاف العرف ، ولأن العرف له أثره في اختلاف بعض الفروع في المذهب الواحد وبين المذاهب بعضها مع بعض ، ولم يعد الكاتبون في أسباب الخلاف العرف سبباً من أسباب الخلاف بين الفقهاء فأولى منه ألا يعد قول الفقيه الواحد مختلفاً مع نفسه أو يقال : إنه ترك مذهبه الأول إلى غيره ، إذا رأى عرفاً فافق بما يناسبه ثم رأى عرفاً آخر فافق بما يناسبه .

وإنما ذلك يكون بمثابة قول الفقيه : ( الحكم كذا بحسب هذا العرف فإذا تغير فالحكم كذا حيث تغير مناط الحكم ، أو الحكم في هذه المسألة كذا لأنها معللة بكذا والحكم في هذه المسألة كذا لأنها معللة بعلّة أخرى ) .

وقد سبق أن الإمام الشافعي — رضى الله عنه — جعل للعرف اعتباراً كما جعله من الشروط التي يجب أن تتوفر في المجتهد والمفتي ، وكذلك تقدم أنه يقدم اللغة على العرف إلا إذا طرد العرف وظهر فإنه يقدم على اللغة .

وهذا لا يجعل أحداً يقول : إن العرف كان له أثر في انتقاله من مذهب إلى مذهب آخر وإنما كان له أثر بالمعنى الذي تقدم .

ومراعاة الإمام الشافعي — رضى الله عنه — للعرف واعتباره في بناء

الأحكام ليست بدعاً فقد راعى الفقهاء العرف في بناء الأحكام قبله وبعده وفي تطبيق الأحكام التي نص عليها الأئمة في كتبهم وقالوا : إن المدرك فيها هو العرف والعادة ، وكذلك راعوه في تخريج المسائل وترجيح الأقوال بعضها على بعض ، والعدول عن كثير من الروايات المنقولة عن الأئمة في كتب المذاهب ولم يحمّدو عليها — كما سلف — لأن من كان عارفاً بالمعادات والأعراف ومطاعاً على أحوال الناس في معاملاتهم كان أقدر على فهم النصوص الشرعية وتطبيق القواعد العامة عند حدوث الوقائع وطلب الفتوى أو الحكم حسبما تقتضيه مقاصد الشريعة الإسلامية .

وأخيراً فإن الاختلاف الفقهي في الأحكام العملية المدنية يعتبر ثروة فقهية وتشريعية ضخمة ورائعة يجب على المسلمين الانتفاع في حياتهم ، فقد نتج عن هذا الاختلاف نظريات ومبادئ متعددة نستمد منها الأحكام التشريعية ، وهذا يجعل المسلمين أمام تشريع رحب لا يضيق عن تلبية حاجاتهم ووضع الحلول لمشاكلهم بل ومشاكل العالم كله .

يقول الإمام الشاطبي — رضى الله عنه — في الاعتصام :

( روى ابن وهب عن القاسم بن محمد قال : قال عمر بن عبد العزيز — رضى الله عنه — ما أحب أن أصحاب محمد — صلى الله عليه وسلم — لا يختلفون لأنه لو كان الناس في ضيق ، وأنهم أئمة يقتدى بهم فلو أخذ رجل بقول أحدهم امكأسته ) اهـ .

ويعاق الشاطبي على ذلك فيقول :

« ومعنى هذا أنهم فتحوا للناس باب الاجتهاد وجواز الاختلاف فيه لأنهم لو لم يفتحوه لكان المجتهدون في ضيق فوسع الله على الأمة



برجود الخلاف الفروعى فيهم فيكان فتح باب الدخول في هذه الرحمة ،  
الم (١) .

---

(١) يراجع في هذا الباب سوى ما تقدم أعلام الموقعين ج ٢ ص ١٢٣ ، والفروق  
للقرافي ج ٣ ص ٢٨٨ ، و تاريخ التتميع للسبكي والسايس والبربرى ، والفكر السامى  
في تاريخ الفقه الإسلامى ، في مباحث مختلفة ، والإنصاف في أسباب اختلاف الفقهاء للدهلوى ،  
ورحة الأمة في اختلاف الأئمة ، والشافعى ، لأبى زهرة ، وتخرىج الفروع على الأصول  
للزنجاني ص ١٨ ، ٢٠٩ وتوالى التأسيس في معالى محمد بن إدريس لابن حجر ص ٥٤ ،  
وغیرها .

وضحى الإسلام ج ٢ ص ٢١٨ ، والإمام الشافعى ناصر السنة لمبد الحليم الجندى وطبقات  
الشافعية للسبكي ، وآداب الشافعى ومناقبه ، لابن أبى حاتم الرازى تحقيق لشيوخ عبد الله  
عبد الخالق .

## مقدمة

### نتيجة البحث :

بعد استعراض ما سبق في هذا البحث الذي تبين فيه ما كان للعرف من أثر في التشريع الإسلامي ، وما ذكر من الفروع والمسائل الفقهية لتكتمل بها الدراسة التطبيقية لهذا الموضوع أحببت أن أوجز خلاصته فيما يلي :

١ - إذا كان الناس بطبيعتهم في حاجة إلى تشريع يحقق مصالحهم التي لا غنى لهم عنها لتقسيم أمور الحياة ، فإن الشريعة الإسلامية جاءت بما يحقق ذلك كله مع الشمول والمرونة لأنها وحي من الله تعالى . ويتبين ذلك إذا أحسننا تطبيقها في المجتمع ، وسرنا على نهجها وتركنا ما عداها مما يخالفها من شرائع وضعية بأن قصورها ، وظهر هدم ملامتها لمجتمعنا .

٢ - إن التشريع الإسلامي بأسسه وأصوله وقواعده العامة يغاير القوانين الوضعية ويسمو عليها وتتضاءل دونه ، كما شهد بذلك كثير من رجال الفكر والتشريع في الشرق والغرب على السواء - كما تبين في مقدمة البحث .

### ٣ - تعريفنا للعرف (١) :

هو : ( العرف ما استقر في النفوس ، واستحسنته العقول وملتقته

---

(١) تقدم في تعريف العرف من هـ تعريفاً للامام النسفي في كتابه المستصفى في الفقه الحنفي - مخطوط - وقد نسب بعض السكاكين المعاصرين إلى الغزالي في المستصفى في الأصول ، ولعل ذلك راجع لأشابه اسمي السكاكين مع أنهما مختلفان في موضوعهما .

الطباع السليمة بالقبول واستمر الناس عليه مما لا ترده الشريعة أو أقرم الشارع عليه ) وقد عرفت بهذا بعد مناقشة ما ذكره الفقهاء من تعريفات ، ( والله أعلم بالصواب ) . وكل ما كان كذلك فإن الشريعة تقبله لأنه لا يتصادم معها ، وما كان من الأعراف غير ذلك تنافض معها فترده لأنه يخالف أسسها وقواعدها العامة ، أو لأنه لم يقر الشارع الناس عليه .

٤ — لما كان للعرف سلطان على النفوس فإن الإسلام اعتبر ما كان منه صالحاً للبقاء وألغى العرف الفاسد ، لأنه لا يمكن أن يبقى في ظل التشريع الإسلامي .

ولو نظرنا إلى ما أقره وما ألغاه لتبين : أنه أقر ما يوائم فطرة الإنسان وألغى ما يناقضها ، لأن الإسلام هو دين الفطرة .

٥ — في الحديث عن العرف بين الحقيقة والحجاء ، رأينا أن الفقهاء قدموا العرف على اللغة إذا صار المعنى العرفي متبادراً إلى الذهن بعد اشتغاره في الاستعمال .

وأن الحقيقة تترك بالمنقولات العرفية ودلالة الاستعمال والعادة كما تترك الحقيقة إذا كانت متعذرة أو مهجورة ، سواء كان العرف قولياً أو عملياً .

٦ — العرف الثابت هو ما لا يختلف باختلاف الأزمان والأحوال والأشخاص وذلك هو ما يعود إلى طبيعة الإنسان وفطرته ، ولم يمهله التشريع الإسلامي فرتب عليه أحكاماً تتعلق به - كما تقدم .

٧ — العرف المتبدل الذي يتغير من زمان إلى زمان أو من مكان إلى

مكان آخر لسبب من الأسباب ، فإن الشارع يعتبره ويرتب عليه أحكاماً مادام لم يتصادم مع نص شرعى أو حكم من أحكامه .

٨ — والأحكام التى نثبت بالاجتهاد وكان مبناهما على العرف والعادة فإنها تتغير بتغير مناطها أو علتها ، وهو العرف الذى بنيت عليه ، ويدور الحكم معه وجوداً وعدماً ، ولذا قال الفقهاء : « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان » ويؤيد ذلك كثير من الأدلة ذكرناها - فيما تقدم (١) .

٩ — تغير الأحكام بتغير العرف الذى كانت معللة به ، لا يعتبر نسخاً للحكم لأنه لو عاد الناس إلى العرف الذى تغير مرة أخرى رجع الحكم إلى ما كان عليه حيث وجدت العلة ، كما أن نسخ الأحكام لا يكون إلا فى عهد النبي ﷺ (٢) ولا يكون النسخ بعده .

١٠ — الذى يتبدل بتبدل العرف على الحقيقة هو تبدل الوسائل والأساليب الموصلة إلى غاية الشارع من التشريع لأن الشريعة لم تحدد هذه الوسائل والأساليب وتركت ذلك للعرف واختلاف الأزمان حتى يتحقق للناس ما هو أصليح فى كل عصر وأوان وذلك فى الإطار العام الذى وضعته الشريعة دون الخروج عليه أو تركه إلى غيره .

١١ — العرف ينقسم إلى : قولى وعملى ، وعام ، وخاص ، وشرعى وغير شرعى ومصحح وفاسد .

والعرف القولى : د هو إطلاق الناس اللفظ على شيء معين ، .

---

(١) س ٩٨ وما بعدها .

(٢) يراجع س ١١٨ .

وقد اعتبر فحملت عليه الألفاظ التي يعبر بها المكلف عن تصرفاته ،  
سواء كان العرف القولي عاماً أو خاصاً .

١٢ — العرف العملي : هو ما جرى عليه الناس وتعارفوه في  
المعاملات والتصرفات وقد اعتبر وقام مقام النطق في كثير من المواضع ؛  
وخصصوا به العام وقيدوا به المطلق . واعتبروا ما ثبت به كالمشروط  
أو المنصوص عليه في العقد .

١٣ — العرف العام : ما تعارف الناس عليه . وهو يقابل العرف  
الخاص بطائفة معينة أو ببلد واحد سواء كان قديماً أو حادثاً .

١٤ — والعرف الخاص : هو ما تعارفه أهل بلد أو طائفة أو جماعة  
ولم يتعارفه أهل البلاد جميعاً .

١٥ — العرف الشرعي : وهو ما اصطاح عليه في عرف الشارع ويدخل  
تحت العرف الخاص لأنه خاص بالشرعية دون غيرها .

١٦ — والعرف بأقسامه التي ذكرت - عدا الشرعي - ينقسم إلى صحيح  
وقاسد والصحيح هو ما لم يخالف للنص الشرعي وأن يكون في الأخذ به  
تحقيق مصلحة يقرها الشارع وكذلك هو الذي لا يجلب مفسدة وهذا  
القسم معتبر في الشريعة .

والعرف القاسد ، هو ما خالف نصوص الشريعة وأصولها ولا يحقق  
مصلحة وفي الأخذ به مفسدة نهى الشارع عنها ، وهذا القسم غير معتبر  
شرعاً لأن الشريعة حاكمة على الناس والأزمان ، وليس بحكومة بالناس  
والأزمان .

١٧ — إن اعتبار العرف في التشريع يرجع إلى أن الشريعة جاء فيها  
الدلائل الخاص على اعتباره ، كما ذكر في موضعه .

١٨ — وما قام من الأعراف دلائل شرعى على عدم اعتباره فهو غير معتبر .

١٩ — الأعراف التى لم يقم دليل شرعى على اعتبارها أو إلغائها ، هى موضع نظر المجتهدين ، فيعتبر إذا كان مستجماً لشروط اعتباره ، وإلا فلا اعتبار له .

٢٠ — صلة العرف بالشرعية على وجهين :

(أ) أن يغلب على الناس أمر فيقرره الشارع ويجعله حكماً يقضى به عند الاختلاف مثل وضع الدية على العاقلة لأنه عرف يصلح الأخذ به وقد رأيت وضع دية القتل الخطأ على النقابة أو الجماعة التى ينتسب إليها القاتل ، لأن العناصر أصبح عرفاً قائماً بين أفرادها فى العصر الحاضر (١) .

(ب) أن يغلب على الناس نوع من المعاملات ، أو معنى من المعانى فيراعيه الشارع فى تفصيل أحكام الوقائع حتى إذا ما تبدل بعرف آخر اعتبر الثانى فى بناء الأحكام إذا كان عرفاً صحيحاً .

٢١ — لما قامت أدلة اعتبار العرف فى التشريع وضع الفقهاء له شروطاً لا يكون معتبراً إلا إذا استوفاهما — وتحققت هذه الشروط فيه . وقد تقدمت فى موضعها .

٢٢ — فى الحديث عن مدى اعتبار العرف فى التشريع تبين لنا أمور :

(أ) أن العرف ليس مصدراً من مصادر التشريع ولا دليلاً بالمعنى الذى تطلق عليه كلمة مصدر أو دليل .

(ب) العرف الذي قال الفقهاء باعتباره في التشريع ، ما هو إلا أمانة كاشفة عن المصلحة التي دعت الناس إلى التعامل به وحملتهم على التمسك به . وكان ذلك سبباً في استمراره واستقراره وبهذا المعنى كان العرف مبيناً لعلّة الحكم ومناطه .

(ج) العرف باعتباره مبيناً لعلّة الحكم ، أو هو للعلّة نفسها ، له أثره في استنباط الأحكام التي جاءت بها الشريعة مطلقة ، وكذلك له أثره بالنظر إلى التطبيق حيث يحكم العرف في أمور كثيرة تفول عليه .

٢٣ — إن العرف مع قيام الأدلة على اعتباره ، وإقرار الشارع لكثير من الأعراف لا يمكن القول بأنه دليل أو مصدر شرعي لأميرين

(أ) لأن ما أقره الشارع من الأعراف أعطاه حكماً مناسباً له ، ولم يؤخذ الحكم من نفس العرف حتى يكون دليلاً أو مصدراً من المصادر .

(ب) ما أقره النبي ﷺ في عهده من الأعراف التي كان عليها الناس يعتبر من السنة التقريرية ، وما شارك في فعله من الأعراف فهو من السنة العملية ، لأن النبي ﷺ لا يقر أمراً مخالفاً لما جاء به من أحكام ، ولا يفعله أيضاً .

٢٤ — في الحديث عن العرف وأقسام التشريع تبين أن العرف لا أثر له في العبادات لأن الأصل فيها التعبد .

وأما تشريع المعاملات فالأصل فيها التعليل لأن الأحكام الشرعية في المعاملات قاصدة للمصلحة وتدور معها حيثما دارت ، إذا كانت مصلحة يقرها الشرع ولا يُلغىها .

٢٥ - تشريع العقوبات التي نص عليها الشارع أو كان مجمعا عليها لا اعتبار للعرف فيه . وأما العقوبات غير المقدرة شرعاً ( التعزيرية ) فإن للعرف فيها أثراً واضحاً لأن التعزير يكون في الجرائم التي لم تشرع لها عقوبات مقدرة وترك أمر تقديرها للإمام أو الحاكم فيحدد الذنب والعقوبة بحسب حال الشخص والجناية التي ارتكبها .

٢٦ - في الحديث عن العرف الذي تحمل عليه الألفاظ تبين أن كل متكلم يحمل لفظه على عرفه . فإذا كان المتكلم من أهل الشرع حمل لفظه على عرفه ، وإن كان المتكلم من أهل اللغة حمل لفظه على عرفه ، وإن من أهل العرف حمل لفظه على عرفه ، لأن ما يتخاطب به الناس يدل على مرادهم من ألفاظهم ما لم يصرف عنه صارف .

٢٧ - تحمل ألفاظ التصرفات الشرعية الصادرة من المكلف على الماهية الشرعية الصحيحة ، ولا تحمل على العرف الفاسد الذي لم يعتبره الشارع .

٢٨ - لما كان الأصل في عقود المعاوضات الرضا من الجانبين ولا سبيل إليه لأنه أمر خفي كان لا بد من دال عليه وهو القول أو الفعل ، وكان للعرف أثر في بيان ما يدل على الرضا من الجانبين قولاً أو فعلاً .

٢٩ - لما كانت التصرفات التي يأتي بها الإنسان تكون بلفظ يدل على إنشاء التصرف لأن الإنشاء يتبعه مدلوله كما لا يقبل احتمال الصدق والكذب ، كان للعرف أثره في بيان كون الصيغة خيراً أو إنشاء .

٣٠ - وصيغة التصرف إن كانت تدل على المعنى المراد من غير افتقار إلى شيء آخر يبين المراد ، كانت صريحة فيما تدل عليه .

وإن استقر المراد من صيغة التصرف ، كانت كناية ، فتفتقر إلى ما يبين



المراد والصریح يكون حقيقة ويكون مجازاً والكنیة كذلك ، وللعرف أثره ودوره فی بیان الصریح والكنیة .

٣١ — تنقسم صیغة التصرف من حیث ذاتها إلى صیغة الماضي ، والمضارع والأمر والاستفهام ، والجل الإسمية .

وللعرف أثره فی دلالتها على إنشاء التصرفات والعقود على خلاف بین الفقهاء ، ذكر فی موضعه .

٣٢ — كان للعرف أثر فیما يقوم مقام الصیغة اللفظیة من الفعل أو الدلالة ، وذلك أمور هی : الرسالة والكتابة والإشارة والدلالة ، أو المعاطاة .

وقد وضع الفقهاء شروطاً لدلالة كل منها على إنشاء التصرف .

٣٣ — العرف الشرعی یخصص ألفاظ الشارع ویقید مطلقها ، وأما للعرف الجاری بین الناس ، فقد اختلف فی تخصیصه للنص الشرعی إذا كان قائماً وقت ورود النص . وذلك الخلاف فی العرف العملی ، أما العرف القولی فلیس موضع خلاف .

وأما العرف الذی تقرر بعد ورود النص الشرعی ، فإذا أقره النبی ﷺ أو دل علیه الإجماع فإنه یعتبر مخصصاً للعام .

وبعض الفقهاء یرى أنه لا یشرط فی العرف الذی یخصص به العام ویترك به الأثر أن يكون موجوداً من عهد الصحابة والتابعین - كما تبین فی موضعه .

٣٤ — العرف الذی جرى علیه الناس یبین مرادهم من أفوالهم : وقال الفقهاء فی ذلك : إن من له عادة فی لفظه إنما یحمل لفظه على عرفه ، فیخصص عام ألفاظهم ویقید مطلقها وكذلك عرف الشارع یخصص عام ألفاظ الناس . ویقید مطلقها .

٣٥ - إذا أجمع الفقهاء على حكم معلل بالعرف ، ثم وجدت العلة في عرف حدث بعده فإن ذلك يرد إلى دلالة الإجماع الأول ويعطى حكماً موافقاً أو مناسباً له كما في الاستصناع ، فإن ما عرف استصناعه في عصر الإجماع غير ما عرف استصناعه بعده من العصور إلى عصرنا الحاضر وما يأتي بعده (١) .

٣٦ - إذا كان مقرر أن الحكم المجمع عليه لا تجوز مخالفته ، فإنه إذا كان معللاً بالعرف لتحصيل مصلحة ، أو دفع مفسدة ، ثم تغير العرف تغير الحكم لتغير مناطه وعلمته ، مثل انعقاد الإجماع على وضع الدية في القتل الخطأ في عهد عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - على أهل الديوان لقيام التناصر بين أهله - وهو العلة - فلا يقال : إن هذا حكم مجمع عليه لا تجوز مخالفته ، لأنه لم يعد التناصر بين أهل الديوان موجوداً .

٣٧ - إذا كان التناصر الذي أوجب الدية في القتل الخطأ ، ثم على أهل الديوان - في عهد عمر بن الخطاب - لم يعد موجوداً الآن ، فالدية يجب الآن في مال النقابات والجمعيات والهيئات إذا كان الجاني ينتسب إلى نقابة أو جمعية أو هيئة ، لقيام التناصر بين أهلها ، وهو العلة التي أوجبت الدية على العاقلة وأهل الديوان من قبل . وقد تبين ذلك في موضعه من البحث (٢) .

٣٨ - إن المصلحة التي أمر الشارع بحفظها ورعايتها إذا تعارض العرف معها فهو عرف فاسد غير معتبر شرعاً .

وكذلك إذا تعارض الناس على ما ألغاه الشارع من المصالح فهو فاسد أيضاً وغير معتبر شرعاً . وذلك أيضاً من باب سد الذرائع .

(١) يراجع ما تقدم من ٣٩٤

(٢) من ٣٨٧

٣٩ — ما تعارف عليه الناس عما لم يرد فيه نص من الشارع بخالفه أو يعتبره وكان محققاً لمصاحبة دافعاً لمفسدة فهو من قبيل المصاحبة المرسلة لأن العرف يرجع إليها غالباً .

٤٠ — قاعدة العرف والعادة محكمة ، وما تفرع عليها من قواعد فرعية أو ضوابط تندرج تحتها فإنها تبين أنواع العرف وأقسامه .

٤١ — إذا كانت قاعدة والعادة محكمة ، هي قاعدة العرف ، فإن العرف قد رد إلى بعض القواعد التي لها صلة به وإن أدرجت تحت قاعدة من القواعد الأساسية التي ذكر الفقهاء : إن الفقه الإسلامي يرد إليها . ونشير إلى ذلك في الآتي — وقد ذكر مفصلاً في موضعه :

( أ ) « قاعدة الأمور بمقاصدها » ، جاء في معناها قول الفقهاء :

« العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني » .

لأن ما يقصده للعاقده هو المحكم في بيان المراد لتبادره إلى الإيهام عند النطق به .

( ب ) « قاعدة اليقين لا يزول بالشك » :

تفرع عليها قواعد مثل « لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح » .

ومن شرط العرف ألا يعارضه تصريح بخلافه .

ومثل قاعدة « لا ينسب إلى ساكت قول » وقاعدة « السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان » ، إلا إذا اعتبر السكوت إذناً بالعرف كما تبين في موضعه .

ومثل قاعدة « الأصل في الكلام الحقيقة » . ولكن إذا ما نقل عرف الاستعمال اللفظ عن المعنى الحقيقي إلى المعنى العرفي فيحكم عرف الاستعمال .

ومثل قاعدة : « إعمال الكلام أولى من إهماله » .

فيؤخذ بما تعارف عليه الناس ويعمل به في معانيه التي تتبادر عرفاً صوناً للكلامهم عن الإهمال .

( ج ) قاعدة « المشقة تجلب التيسير » :

ويرتبط العرف بهذه القاعدة لأن عدم اعتباره وتحكيمه في الوقائع يسبب للناس الحرج والمشقة وفي اعتباره مادام يحقق مصلحة لا تتعارض مع الشريعة رفعة للمشقة وجلباً للتيسر والتيسير .

( د ) قاعدة « الضرر يزال » :

قد يكون في عدم اعتبار العرف ضرراً بالناس والضرر يجب أن يزال لكن لا بضرر مثله .

( هـ ) قاعدة « الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة » .

واعتبار الحاجة والضرورة ليس على إطلاقه ولذا قال الفقهاء :  
« الضرورة تقدر بقدرها » .

وإذا قالوا : إن الضرورات تبيح المحظورات ، فقد قيدوا ذلك بقولهم :  
« ما جاز لمقدر بطل بزواله » .

فأجاء في ذلك على سبيل الاستثناء والترخص للعرف والحاجة والضرورة فإنه لا يخرج عن هذه القاعدة وتقدر الضرورة بقدرها إذا كان

هناك ضرورة لاعتبار عروف من الأعراف ، فإنه ينظر في اعتباره إلى هذه القاعدة ولا يكون معتبراً في جميع الأحوال .

( و ) قاعدة ( الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم ) — كما يقول جمهور الفقهاء — فما تعارف عليه الناس مما ليس في إثباته ولا نفيه نص شرعى فهو على أصل الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم إذا كان يحقق المصلحة المقصودة شرعاً وما تعارف عليه الناس مما فيه ففسدة فإنه يكون محظوراً ويجب تركه عملاً بقول الحنفية د الأصل في الأشياء الحظر حتى يدل الدليل على الإباحة . وبذلك نعمل بقول الجمهور والحنفية في الحالتين .

٤٢ — قاعدة العرف د العادة محكمة ، رجع إليها مسائل كثيرة في الفقه الإسلامى لا تعد كثرة كما قال الفقهاء . وذلك داخل في جميع التصرفات التى يقوم بها الإنسان من العقود والإلتزامات فى البيع والإجارة والنكاح ، والأيمان وغير ذلك ( بما أشير إليه فى موضعه ) .

٤٣ — للعرف أثر فى الفتوى والقضاء لأن الحاكم والمفتى يجب عليهما مراعاة العرف ، واشترط معرفته فيهما .

٤٤ — للعرف أثر فى الدعوى فى القضاء ، فالدعوى التى يشهد العرف أنها يمكن أن تكون حقاً والصدق فيها أغلب لأنها توافق ما تعارف عليه الناس فى معاملاتهم . وعلى القاضى أن يسمع هذه الدعوى من مدعيها .

والدعوى التى لا يقضى العرف بكذبها ولا يشهد أنها تكون حقاً ، فيحتمل صدقها وعلى القاضى سماعها وه طالبة المدعى بالبينة .

والدعوى التى سكتها العرف لا نسمع من مدعيها لعدم احتمالها الثبوت .

شهادة لأن من لم يسمع الدعوى أن لا يكذبها ظاهر الحال ، لأنها تكون مستحيلة عقلاً وعادة .

٤٥ — لقد اعتبر الفقهاء القرآن العرفية في الفتوى والقضاء إلا أنها

متبر من قبيل ظاهر الحال . ودلالة الظواهر غير قطعية ولذلك فهي مرجحات للقاضي حتى يثبت خلافها ، ويعتمد عليها في إثبات الحكم إذا لم يثبت خلافها ويرجع ما تدل عليه .

٤٦ — لما كانت دلالة العرف دون دلالة الشهادة فقد قال الفقهاء :

لا يقضى بالعرف بلايين ، إلا إذا كانت دلالة العرف دلالة قوية لا تحتمل غير الظاهر منها .

٤٧ — العرف ليس سبباً من أسباب الخلاف بين الفقهاء ، لأن

الفقهاء جميعاً اعتبروه في بناء الأحكام ، فما أعطاه كل فقيه من حكم لمسألة بناء على العرف المقارن لها في بلده مثلاً ثم تغير العرف فحكم فيها بحكم آخر فإن هذا لا يعد خلافاً على الحقيقة لأن كل فقيه مطالب بتحكيم العرف في الوقائع . وإن أثره يظهر في اختلاف الفروع بين فقهاء المذهب الواحد والمذاهب المختلفة .

٤٨ — إن مدارك الإمام الشافعي - رضي الله عنه - في مذهبه الجديد

أغلبها مدارك من الحديث والآثار ، ولذلك فإن ما يدعيه البعض من أن الإمام الشافعي - رضي الله عنه - كان للعرف في مذهب أثر في انتقاله إلى المذهب الجديد ، دعوى لم يقيم عليها دليل ( والله أعلم ) .

\*\*\*

وفي الختام أحمد الله تبارك وتعالى على توفيقه لإخراج هذا البحث  
بعد جهد شاق ودائب في المظان التي يمكن أن أجدها فيها ما يساعد على السير  
فيه وبناء هيكله ، ولو كان ما أجده كلفة واحدة ، حتى خرج على هذه  
الصورة التي عرضتها ما آلت ولا فترت ، وذلك من فضل الله تعالى .

وأرجو أن أكون قد قاربت الصواب في ذلك .

والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله . وصلى  
الله وسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه ، والمتبعين شريعته والقائمين على  
رعايتهما حتى يقوم الناس لرب العالمين ، وهو نعم المولى ونعم النصير ،  
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

## نعي وراثه العلامة الشيخ عثمان أحمد مريزق

• سبحانه اللهم لا راد لقضائك

ولا معقب لحسبك ، وإنا لله ، وإنا إليه راجعون .

لقد اختار الله سبحانه وتعالى إلى جواره ، وهذا البحث قد أشرف  
طبعه على نهايته ، أستاذي الكبير والعالم الجليل الذي أكن له كل احترام  
وتقدير فضيلة الشيخ

### عثمان أحمد مريزق

• وقد ذكرت طرفاً من بعض صفاته صفحتي ٤٥٠ وقد كان عند كتابتها  
وطبعها لا زال حياً يعمل في نشر العلم بكلية الشريعة بمكة المكرمة .

وقد توفي - رحمه الله تعالى - في يوم الأحد ١٧ من ذى الحجة عام  
١٤٠٠ هـ الموافق ٢٦ من أكتوبر ١٩٨٠ م .

• وقد ولد أستاذي عليه رحمة الله في اليوم الخامس من شهر فبراير  
عام ١٩٠٦ م بزاوية البحر بمحافظة البحيرة ، وتلقى تعليمه في المعاهد  
الأزهرية ، ودخل كلية الشريعة ، وبعد حصوله على الشهادة العالية ،  
حصل على العالمية والدكتوراه ، في الفقه والأصول سنة ١٩٤٢ م ، ثم عين  
مدرساً بكلية الشريعة عام ١٩٤٤ م وتدرج في وظائف هيئة التدريس بها  
حتى درجة أستاذ ، وعين رئيساً لقسم أصول الفقه في عام ١٩٦٥ م ، حتى  
خرج للمعاش في ١٩٧١/٧/٣١ .

• وقد سافر إلى مكة المكرمة وبقى بها عدة سنوات استاذاً للدراسات



العليا بكلية الشريعة بها ، وعاد منها بعد أن اعتلت صحته في آخر شهر  
يونية عام ١٩٧٩م ، وأول شعبان عام ١٣٩٩هـ ، ولما تحسنت صحته عرضت  
عليه أن يحضر لإلقاء بعض المحاضرات في علم أصول الفقه ، على طلبة  
الدراسات العليا ، واعتذر مرة بعد مرة بأن صحته لا تساعد على ذلك ،  
وكنت أقول له : يكفي أن تجلس معهم من الوقت قدر طاقتك ، فاصحاً  
وموجهاً وفي ذلك غناء لهم كعهدنا بك وقد قيل بعد إلحاح عليه مشكوراً .

• وقد رأيت الطلبة الذين حضر للتدريس لهم ، بعد أول لقاء بينه  
وبينهم ينتظرونه أمام باب السكنية ليصحبوه إلى المدرج مسرورين بمقدمه  
مع الإجلال والاحترام ، لأنهم وجدوا فيه ما سمعوه عنه ، وعابثوا  
ما أخبروا به ، علماً وفقهاً ، ودقة وأصالة .

ولما نعى إلينا خبر وفاته كان وقعة البيا على نفسي وحزنت عليه ،  
حزناً لم أعرفه إلا يوم وفاة والدي — رحمهما الله .

وقلت : قد مات أستاذي ، العالم التقي الورع الذي أعز بأستاذيته  
لي ، وتلقى العلم عليه ، لأنه ، والحق يقال : أعلم من عرفت ، ومن تتلمذت  
عليهم بعلوم الشريعة الإسلامية وخاصة علم أصول الفقه الذي كان لا يتنازع  
أحد في معرفته الدقيقة به جملة وتفصيلاً .

• وقد عرفته — رحمه الله تعالى بعد أن التحقت بكلية الشريعة في العام  
الدراسي ٥٧ — ١٩٥٨م حتى تخرجت منها عام ١٩٦١م ، ثم درس لي  
بالدراسات العليا ، وأشرف على بحثي للدكتوراه حتى حصلت عليها . عام  
١٩٦٩م ، واستمرت المودة بيننا حتى توفاه الله تعالى .

• وقد قربت منه ، وعرفته أكثر من غيري ، فكان في حياته ظاهرة

من الطواهر العجيبة ، فقد كان فيه أفضل ما في الإنسان وخير ما في العلماء ، متواضع النفس مع ترفعه عن الدنايا ، يقول ما يعتقد ويعتقد ما يقول ، ولم يشغل همه بسفاسف الأمور ، ولا بوضيع المطامع ، يرى أن المرء يكون حيث يضع نفسه إن شاء أغلاها ، وإن شاء أرخصها ، وقد رفع نفسه وأغلاها<sup>(١)</sup> .

• وكان — رحمه الله تعالى — فرق ذلك نسج وحده في نمط تفكيره وأسلوبه وعرضه لدروسه العلمية التي كنا نراها ولا غناء لنا عنها ، ولا يعرضنا عنها عوض ، فكان إذا تحدث عن مسألة علمية فن علم وفقه ، ريعالجها مهما كانت دقتها بأسلوب علمي دقيق يصل به إلى المعنى من أقرب طريق ويحل المشاكل العلمية التي كانت تعترضنا بأبسط عبارة .

• وكان غزير المادة العلمية مع صفاء ذوقه ، وذكاء فهمه ، وكنا نرى في ملاحظه — رحمه الله — عنوان الطيبة ، وفي حديثه لهجة الاتقياء ، وفي لفتات ذهنه فهم العلماء — رحمه الله تعالى .

• هذا ، وقد منحه السيد رئيس الجمهورية الرئيس محمد أنور السادات وسام العلوم والفنون من الطبقة الأولى عند افتتاحه المؤتمر الرابع للمركز الدولي الإسلامي للدراسات والبحوث السكانية في جامعة الأزهر ، لمناقشة موضوع مشكلات الشباب في العالم الإسلامي ، وذلك في يوم الإثنين ٢٤ من جمادى الأولى ١٤٠١ هـ الموافق ٣٠ مارس ١٩٨١ م ، وتسلمه باسم والده ابنه الفاضل الممذهب المهندس ، خيرت عثمان .

وبعد ذلك أقول : إن ما ذكرته هنا ما هو إلا إشارة إلى بعض

مزاياء رأيت من حسن الوفاء لأستاذي وقد انتقل إلى رحمة الله تعالى  
أن أيجملها مع هذا البحث الذي أشرف عليه حتى خرج إلى الوجود ،  
إعترافاً بفضل الذي لا أنساه طول عمري .

والله أسأل أن يكرم نزله ، وينزله منازل الأبرار ، وصلي الله على  
سيدنا محمد وآله وصحبه إلى يوم الدين ؟

( أ . د . السيد صالح عوض )

## فهرس المراجع

### أولا - مراجع التفسير :

المؤلف	طبع	لأنه المرجع
محمد بن يوسف الأندلس ( ابن حبان	السعادة	(١) البحر المحيط
أبو عبيدة محمد بن أحمد (القرطبي)	دار الكتب	(٢) الجامع لأحكام القرآن
أبو بكر محمد بن عبد الله ( ابن العربي )	الجلي	(٣) أحكام القرآن
أبو بكر أحمد بن علي الرازي ( الجصاص )	الاستانة	(٤) أحكام القرآن
الخطيب الشريفي	الخيرية	(٥) السراج المنير
محمود بن عمر ( الزمخشري )	الاستقامة	(٦) الكشف
عماد الدين إسماعيل ( ابن كثير )	الجلي	(٧) تفسير ابن كثير
أبو جعفر محمد بن جرير ( الطبري )	الجلي	(٨) جامع البيان وبعده تفسير النيسابوري
شهاب الدين محمود ( الألوسي )	المنيرة	(٩) روح المعاني
أبو علي الفضل بن الحسن ( الطبري )	دار الحياة بيروت	(١٠) مجمع البيان في تفسير القرآن
محمد نضر الدين ( الرازي )	الخيرية	(١١) مفاتيح الغيب وبعده تفسير أبي مسعود
علي بن محمد البغدادي ( الخازن )		(١٢) لباب التأويل

ثانياً — مراجع الحديث :

- |  |   |             |
|--|---|-------------|
| اسم المرجع                                       | المؤلف                                      | طبع         |
| (١) إتحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام              | محمد بن علي بن وهب (تق الدين ابن دقيق العيد | المنيرية    |
| (٢) المسند                                       | الإمام أحمد بن حنبل                         | دار المعارف |
| (٣) المنتقى شرح الموطأ                           | أبو الوليد سليمان بن خلف (الباجي)           | السعادة     |
| (٤) النهاية في غريب الحديث                       | محمد الدين أبو السعادات (ابن الأنثري)       | الحلبي      |
| (٥) بدائع المن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن | أحمد عبد الرحمن البنا (الساعاتي)            | دار الأنوار |
| (٦) تيسير الوصول                                 | عبد الرحمن بن علي (ابن الديبع)              | السلفية     |
| (٧) سبل السلام                                   | محمد بن إسماعيل (الأمير الصنعاني)           | صبيح        |
| (٨) شرح صحيح مسلم                                | محي الدين يحيى بن شرف (النووي)              | المهربية    |
| (٩) شرح صحيح البخاري                             | أحمد بن محمد بن أبي بكر (القسطلاني)         | العامة      |
| (١٠) عمدة القاري شرح صحيح البخاري                | بدر الدين محمد بن أحمد (العيني)             |             |
| (١١) فتح الباري شرح البخاري                      | شهاب الدين أحمد بن علي (ابن حجر العسقلاني)  | الحلبي      |
| (١٢) مجمع الزوائد                                | علي فور الدين (ابن حجر الهيتمي)             |             |
| (١٣) نصب الراية                                  | جمال الدين عبد الله يوسف (الزيلعي)          | دار المأمون |
| (١٤) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار               | محمد بن علي (الشوكاني)                      | العثمانية   |

ثالثاً — مراجع أصول الفقه (١) (٢) (٣) (٤) (٥) (٦) (٧) (٨) (٩) (١٠) (١١) (١٢) (١٣)

إسم المرجع

المؤلف

طبع

- (١) الرسالة الإمام محمد بن إدريس (الشافعي) الحلبي دار الكتب العربى
- (٢) أصول السرخسى محمد بن أبى سهل (السرخسى) الحلبي
- (٣) إفاضة الأنوار شرح المنار علاء الدين الجصكنى الحلبي
- ومعه حاشية نسيمات
- الأسفار (لابن عابدين)
- (٤) الإيهاج شرح المنهاج تقي الدين (السبكي) وابنه مخطوط دار الكتب
- تاج الدين
- (٥) الإحكام فى أصول الأحكام سيف الدين أبو الحسن المعارف (الأمدي)
- (٦) الإحكام فى أصول الأحكام أبو محمد على بن أحمد (بن حزم) السعادة
- (٧) الاعتصام أبو إسحاق (الشاطى) الخيرية
- (٨) الآيات البينات على شرح أحمد بن قاسم العبادى
- الحلى على جمع الجوامع
- (٩) البحر المحيط بدر الدين محمد (الزركشى) مخطوط دار الكتب
- (١٠) البرهان عبد الملك بن عبد الله الجوينى (إمام الحرمين) مخطوط مكتبة الأزهر
- (١١) التقرير والتحرير شرح محمد بن محمد (ابن أمير حاج) الأيريه
- التحرير
- (١٢) التلويح على التوضيح سعد الدين مسعود بن عمر الخيرية
- (التفتازانى)
- (١٣) التمهيد جمال الدين بن عبد الرحيم مخطوط دار الكتب
- (الأسنوى)

- (١٤) العرف والعادة في رأى أحمد فهمى (أبو سنة) الأزهر  
الفقهاء
- (١٥) المحصول محمد نضر الدين (الرازى) غخطوط مكتبة  
الأزهر  
الاستانة
- (١٦) المرأة شرح المرقاة مع مفلأ خسرو حاشية الأزميرى
- (١٧) المستصفي أبو حامد محمد بن محمد (الغزالي) مصطفى محمد
- (١٨) المصلحة في التشريع مصطفى زيد
- الإسلامى
- (١٩) المنحول أبو حامد محمد بن محمد الغزالي طبع بيروت
- (٢٠) الموافقات أبو إسحاق الشاطبى التجارية
- (٢١) المنير الزاهر شرح المغنى مزاج الدين عمر بن إسحاق غخطوط مكتبة  
الأزهر
- في الأصول (للخبازي) (الهندي)
- (٢٢) تأسيس النظر ، ومعه أبو زيد عبد الله بن عمر (الدبوس) الأدبية
- رسالة السكر خى في الأصول
- التي عليها مدار فروع فقه
- والخفية ،
- (٢٣) تحرير المنقول وتهذيب علاء الدين أبي الحسن على غخطوط بدار  
المكتب
- علم الأصول (المرداوى)
- (٢٤) تخريج الفروع على شهاب الدين محمود بن أحمد جامعة دمشق
- الأصول (الزنجاني)
- (٢٥) تعليل الأحكام محمد مصطفى شاي الأزهر
- (٢٦) تقويم الأدلة أبو زيد عبد الله بن عمر (الدبوس) غخطوط بدار  
المكتب

- (٢١) تنقيح الفصول شهاب الدين أحمد بن إدريس الخيرية  
(القرافي)
- (٢٨) تيسير التحرير محمد أمين (أمير بادشاه) الحلبي
- (٢٩) سلم الوصول لشرح نهاية محمد بن حنيت المطيعي السلفية
- (٣٠) روضة الناظر شمس الدين بن أبي الفرج (بن السلفية)  
(قدامة)
- (٣١) شرح المحصول شهاب الدين محمد بن محمود مخطوط  
(الأصماني)
- (٣٢) شرح المنار عز الدين عبد اللطيف (بن ملك) الأستانة
- (٣٣) شرح جمع الجوامع مع جلال الدين المحلي حاشية البنان ، وحاشية العطار
- (٣٤) شرح مختصر ابن الحاجب جمال الدين (ابن الحاجب) مع حاشية السعد وعصم الدين (الأبجي) وسعد الدين (التفتازاني)
- (٣٥) شفاء الغليل في مسالك أبو حامد محمد بن محمد (الغزالي) مخطوط بدار الكتب  
التعليق
- (٣٦) فتح الودود وشرح ألفية محمد بن يحيى بن محمد (المختار) طبع قاس  
الشنقيطي في الأصول وبهامشه  
بلوغ السؤل شرح منظومة المالكي  
ابن عاصم ،
- (٣٧) فصول البدائع في أصول شمس الدين محمد حمزة (الفناري) الأستانة  
الشرائع



- (٣٨) فوائح الرحوت شرح أبو العباس عبد العلى (الكنوى) الأميرية  
مسلم الثبوت
- (٣٩) كافى المحتاج شرح سراج الدين أبى حفص عمر بن مخطوط  
المنهاج على ( بن الملقن )
- (٤٠) كشف الاسرار شرح عبد العزيز البخارى الأستاذة  
البردوى
- (٤١) كشف الاسرار شرح حافظ الدين ( النسفى ) السعادة  
المنار
- (٤٢) مشكاة الانوار شرح زين العابدين إبراهيم ( بن نجيم ) الحلبي  
المنار
- (٤٣) مفتاح الوصول فى ابتغاء أبى عبد الله محمد بن أحمد دار الكتّاب  
الفروع على الاصول الشريف التلمسانى العربى
- (٤٤) منافع الدقائق شرح مصطفى بين السيد محمد ( الكوز ) طبع دمشق  
مجامع الحقائق ( الحصارى )
- (٤٥) نشر البنود على مراقى عبد الله بن إبراهيم ( الشنقيطى ) طبع فاس  
السعود وبهامشه الضياء أحمد بن عبد الرحمن ( ابن حلولو ) طبع فاس  
اللامع شرح جمع الجوامع
- (٤٦) نفائس الاصول شرح شهاب الدين أحمد بن إدريس مخطوط دار الكتّاب  
المحصل ( القرافى )
- (٤٧) نهاية السؤل شرح منهاج جمال الدين بن عبد الرحيم صبيح  
الوصول ( الاسنوى )

رابعاً - مراجع الفقه وقواعده :

( أولاً ) مراجع الفقه الحنفي :

- | المؤلف  | اسم المرجع  |
|---|---|
| زين العابدين إبراهيم (ابن دار الطباعة العامة)                                     | ( ١ ) الأشباه والنظائر                                |
| نجم<br>للإمام محمد بن الحسن الشيباني<br>تحقيق وتعليق الدكتور<br>شفق شحاتة         | ( ٢ ) الأصول القسم الأول<br>في البيوع ،               |
| العلوية<br>زين العابدين إبراهيم (بن نجم)  | ( ٣ ) البحر الرائق                                    |
| الاستقامة<br>للإمام محمد بن الحسن الشيباني  | ( ٤ ) الجامع الكبير                                   |
| السلفية<br>أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم  | ( ٥ ) الخراج  |
| السلفية<br>يحيى بن آدم بن سليمان القرشي   | ( ٦ ) الخراج  |
| السلفية<br>علاء الدين الحصكفي   | ( ٧ ) الدر المختار                                    |
| جامعة القاهرة<br>للإمام محمد بن الحسن الشيباني<br>بشرح محمد بن أبي سهل<br>السرخسي | ( ٨ ) السير الكبير تحقيق<br>الدكتور صلاح الدين المنجد |
| الاميرية<br>محمد أمين (ابن عابدين)  | ( ٩ ) العقود الدرية في تنقيح<br>الفتاوى الحامدية      |
| دمشق<br>محمود حمزة  | ( ١٠ ) الفرائد البهية في القواعد<br>والفوائد الفقهية  |

اسم المرجع	المؤلف	طبع
(١١) المبسوط	محمد بن سهل (السرخسي)	المطبعة
(١٢) المحيط البرهاني، ومختصره	برهان الدين محمود بن الصدر	مخطوط مكتبة الأزهر
الذخيرة البرهانية	الشهيد	
(١٣) المستصفي في الفقه	حافظ الدين (السنفي)	مخطوط دار المكتبة
(١٤) بدائع الصنائع	أبو بكر بن مسعود (الكاساني)	العلمية
(١٥) تبيين الحقائق	أبو محمد نضر الدين أبو محجن الزياهي	بولاق
(١٦) تحفة الفقهاء	علاء الدين السمرقندي وتحقيق الدكتور محمد زكي عبد البر	جامعة دمشق
(١٧) جامع الفصولين	محمود بن إسرائيل (ابن قاضي سماوة)	بولاق
(١٨) جواهر الكلام ومعين	محمد بن محمد (بن القاضي)	مخطوط مكتبة الأزهر
القضاة والحكام		
(١٩) خزانة الفتاوى	أحمد بن محمد بن أبي بكر (الحنفي)	مخطوط مكتبة الأزهر
(٢٠) خزانة الفقه	أبو الليث نصر بن محمد (السمرقندي)	مخطوط مكتبة الأزهر
(٢١) دور الحكام	منلا خسرو	المطبعة العامة
(٢٢) رد المختار على الدر المختار	محمد أمين (ابن عابدين)	الاميرية
(٢٣) رسائل ابن عابدين	محمد أمين (ابن عابدين)	الاستاذة
(٢٤) رموز الحقائق شرح على السكندر	بدر الدين أبو محمد محمود بن البهي	البيهية
	أحمد (البيهي)	

اسم المرجع	المؤلف	طبع
(٢٥) عمدة الناظر على الأشباه والنظائر	محمد أبو السعود بن السيد (الحسيني)	مخطوط
(٢٦) عمدة ذوي البصائر لحل مهمات الأشباه والنظائر	إبراهيم بن حسين (بن بيري زاده)	مخطوط
(٢٧) غمز عيون البصائر (شرح الأشباه والنظائر)	أحمد بن محمد (النجوي)	الاستانة
(٢٨) فتح القدير ، وبهامشه العناية شرح الهداية للبارقي	كمال الدين محمد بن الواحد بن محمد (الهمام)	مصطفي محمد
عمود (البارقي)	عبد الله بن محمد بن محمد بن محمد	مصطفي محمد
(٢٩) فتح الله المعين (حاشية على شرح السكز) لمغلا مسكين	عمود أبو السعود بن علي (الحسيني)	مطبعة المولي احمد
(٣٠) لسان الحكام في معرفة الأحكام	أبو الوليد إبراهيم (بن الشحنة)	مطبعة البرهان (اسكندرية)
(٣١) مجمع الأنهر على نرح ملتقى الأبحر	عبد الرحمن محمد (سنجي زاده)	الاستانة
(٣٢) مجموع رسائل الشر نبلاي	أبو البركات حسن بن عمار (الشر نبلاي)	مخطوط بدار الكتبة
(٣٣) مجلة الأحكام العدلية ، وشرحها العلي حيدر (تعريب محمد فهمي الحسيني)	وضع لجنة من علماء الاستانة	الأميرية

اسم المرجع المؤلف

(٢٤) مختصر الطحاوى أبو جعفر أحمد بن محمد (الطحاوى) دار المكتبات  
العربي

(٢٥) مرآة المجلة ( شرح مجلة يوسف آصاف )  
الأحكام العدلية )

(٣٥) مقدمة توفيق المواد محمد بن الحسن ( الشطى ) دمشق  
النظامية

(٣٦) معين الأحكام علاء الدين الطرابلسى بولاق

(٣٧) مينة المفتى يوسف بن سعيد ( السجستانى ) مخطوط

### ثانياً - مراجع الفقه المالكي :

( ١ ) الإنفاق والأحكام فى محمد بن أحمد القاسم (مبارة) الخيرية  
شرح تحفة الأحكام

( ٢ ) الأحكام فى تميز الفتاوى شهاب الدين أحمد بن إدريس الأنوار  
من الأحكام

( ٣ ) البهجة شرح تحفة الأحكام على بن عبد السلام ( التسولى ) الخيرية  
وبهامشه شرح التحفة  
( للتردى )

( ٤ ) التمهيد (مختصر المدونة) أبى سعيد خلف ( البرادعى ) مخطوط

( ٥ ) الذخيرة شهاب الدين أحمد بن إدريس مخطوط  
( القرافى )

- |                                     |  |
|-------------------------------------|--|
| المؤلف                              | إسم المؤلف                                     |
| طبع                                 |  |
| بهرام بن عبد الله (الدميري)         | (٦) الشامل في فروع فقه المالكية                |
| مخطوط                               |  |
| شهاب الدين أحمد بن إدريس الحلي      | (٧) الفروق                                     |
| (القرافي)                           |  |
| رواية سخنون عن الإمام (مالك)        | (٨) المدونة الكبرى                             |
| الأميرية                            |  |
| أبو الوايد محمد بن أحمد (بن السعادة | (٩) المقدمات الممهدة                           |
| رشد الكبير)                         |  |
| أحمد بن يحيى محمد (المشهور          | (١٠) المعيار المغرب والجامع                    |
| طبع فاس                             | المغرب عن فتاوى علماء أفريقيا والاندلس والمغرب |
| بالواشريسي)                         |  |
| أبي عيسى المهدى بن محمد الحسيني     | (١١) المعيار الجديد والجامع                    |
| طبع فاس                             | المغرب عن فتاوى المتأخرين                      |
| الوزاني،                            | من علماء المغرب                                |
| الشيخ داود المالكي                  | (١٢) إيضاح السالك على المشهور                  |
| مخطوط دار الكتب                     | من مذهب مالك                                   |
| محمد بن أحمد (بن رشد الحفيد)        | (١٣) بداية المجتهد                             |
| برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم      | (١٤) تبصرة الحكام                              |
| (ابن فرحون)                         |  |
| عبد الصمد كمنون                     | (١٥) جنى زهر الأس شرح                          |
| مهر                                 | عمل فاس  |
| محمد بن عرفة (الدسوقي)              | (١٦) حاشية الدسوقي على الشرح                   |
| المطبعة الأزهرية                    | الكبير (للدردير)                               |

- | اسم المرجع   | المؤلف                            | طبع                 |
|--|-----------------------------------|---------------------|
| (١٧) حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير                                 | أحمد الصاوي                       | مطبعة حجازي         |
| (١٨) حاشية العدوي على شرح رسالة أبي زيد (القيرواني)                        | علي الصعدي (العدوي)               | الحلي               |
| (١٩) شرح الخطاب على مختصر خليل، وبهامشه التاج الإكليل لمختصر خليل (للمواق) | أبو عبدالله محمد بن محمد (الخطاب) | السعادة             |
| (٢٠) شرح المختصر الكبير لابن عبد الحكيم صاحب (مالك)                        | أبي بكر محمد بن عبدالله (الأبهري) | مخطوط بمكتبة الأزهر |
| (٢١) شرح فصول الأحكام وبيان ما مضى به العمل عند الفقهاء والأحكام           | أبو الوليد سليمان بن خلف (الباجي) | مخطوط دار الكتب     |
| (٢٢) فتاوى الشيخ عايش  | محمد عايش                         | بي                  |
| (٢٣) فتح البديع الوهاب شرح التفريع لابن الجلاب                             | محمد بن إبراهيم بن خليل (التتائي) | مخطوط بداز الكتب    |
| (٢٤) فتح الجليل بشرح مختصر خليل  | محمد بن عبدالله (الخرشي)          | بولاق               |
| (٢٥) فتح الجليل بشرح مختصر خليل وبهامشه حاشية تسهيل فتح الجليل             | محمد عايش                         | الخيرية             |
| (٢٦) نوازل بن هلال   | إبراهيم بن هلال                   | طبع فاس             |
| (٢٧) نوازل العلي   | أبو الحسن علي بن عيسى (العلي)     | طبع فاس             |

ثانياً - مراجع الفقه الشافعي :

المؤلف	المراجع	طبع
جمال الدين بن عبد الرحيم (الأسنوى)	(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب	الميمنية
أبو الحسن البصري (الماوردي)	(٢) الأحكام السلطانية	الحلبي
جلال الدين (السيوطي)	(٣) الأشباه والنظائر	الحلبي
الإمام محمد بن إدريس (الشافعي)	(٤) الأم	الأميرية
بدر الدين محمد الزركشي	(٥) الدر المنثور في ترتيب القواعد الفقهية (قواعد الزركشي)	مخطوط
الشيخ زكريا الأنصاري	(٦) الفرر البهية شرح البهجة الوردية	الميمنية
شهاب الدين أحمد بن محمد (بن حجر الهيتمي)	(٧) الفتاوى الفقهية الكبرى	الميمنية
محيي الدين يحيى بن شرف (النووي)	(٨) المجموع شرح المذهب	المنيرية
شهاب الدين أحمد بن محمد (بن حجر الهيتمي)	(٩) تحفة المحتاج شرح المنهاج	الميمنية
جلال الدين المحلي	(١٠) شرح المنهاج مع حاشية شهاب الدين القليوبي والشيخ عميره	الحلبي
أبو القاسم عبد الكريم بن محمد (الرافعي)	(١١) فتح العزيز شرح الوجيز (بهامشه المجموع للنووي)	المنيرية



(١٢) قواعد الأحكام في مصالح أبو محمد عز الدين بن عبد السلام دار الشرق للطباعة  
الأنام

(١٣) معنى المحتاج شرح المنهاج الخطيب الشربيني الحلبي

رابعاً — مراجع الفقه الحنبلي :

اسم المرجع	المؤلف	طبع
( ١ ) إلام الموقعين	محمد بن أبي بكر ( بن قيم الجوزية )	التجارية
( ٢ ) الأحكام السلطانية	القاضي أبي يعلى بن الحسين ( الفراء )	الحلبي
( ٣ ) الاستخراج لأحكام الخراج	أبو الفرج عبد الرحمن ( بن رجب )	مطبعة الشرق
( ٤ ) السياسة الشرعية	أحمد بن عبد الرحيم ( بن تيمية )	العلمية
( ٥ ) الطرق الحكومية في السياسة الشرعية	محمد بن أبي بكر ( بن قيم الجوزية )	
( ٦ ) الفتاوى	أحمد بن عبد الرحيم ( بن تيمية )	العلمية
( ٧ ) القواعد الفقهية	أبو الفرج عبد الرحمن ( بن رجب )	الخانجي
( ٨ ) القواعد النورانية الفقهية	أحمد بن عبد الرحيم ( بن تيمية )	السنة المحمدية
( ٩ ) المغنى وبهامشه المشرح السكبير على متن المقنع	شمس الدين بن أبي الفرج ( بن قدامة )	المفسار
( ١٠ ) زاد المعاد	محمد بن أبي بكر ( بن قيم الجوزية )	
( ١١ ) كشف القناع وبهامشه منتهى الإرادات	منصور بن يونس ( البهوتي )	السنة المحمدية

خامساً - مراجع المذاهب الأخرى :

اسم المراجع	المذهب والمؤلف	طبع
(١) المحلى	مذهب الظاهرية أبو محمد على بن أحمد (بن حزم)	المنيرية
(٢) مراتب الإجماع	» » » »	القدس
(١) البحر الزخار	الشيعة الزيدية أحمد بن يحيى المرتضى	القاهرة
(٢) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير	شرف الدين الحسيني	السعادة
(٣) المنتزع المختار	عبد الله بن عبد الفتاح	القاهرة
(٤) مجموع الفقه الكبير	الإمام زيد بن علي	ميلانو
(١) جواهر الكلام في باب العقود	الشيعة الإمامية محمد الحسيني النجفي	فارس
(٢) جواهر الكلمات في العقود	محمد الحسيني النجفي	مخطوط مكتبة الأزهر
(٣) مفتاح السكرامة	السيد محمد الأمين الحسيني العاملي	القاهرة

مراجع أخرى

(١) أحكام الأحوال الشخصية	الشيخ عبد الرحمن تاج	القاهرة
(٢) أحكام الأحوال الشخصية	أحمد إبراهيم	»
(٣) أحكام المعاملات الشرعية	علي الحافيف	»
(٤) الأحوال الشخصية (الزواج)	محمد أبو زهرة	مطبعة نخيمر

المؤلف	اسم المرجع	طابع
عبد القادر عوده	(٥) التشريع الجنائي في الإسلام	دار العروبة
وحيد الدين سوار	(٦) التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي	المنهضة العربية
عبد العزيز طامر	(٧) التعزير في الشريعة الإسلامية	دار الكتاب العربي
محمد أبو زهرة	(٨) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي	مطبعة نخيمر الأميرية
عبد الرحمن تاج	(٩) للسياسة الشرعية والفقه الإسلامي	
عمر عبد الله	(١٠) العرف في الفقه الإسلامي	مطابع رمسيس
نشر مجلة الحقوق جامعة الإسكندرية		باسكندرية
مصطفى الزرقا	(١١) المدخل الفقهى العام	جامعة دمشق
سعيد عبد الله حسين	(١٢) المقارنات التشريعية بين مذهب مالك والقانون الفرنسى	القاهرة
محمد حافظ صبرى	(١٣) المقارنات والمقابلات	الأميرية
محمد أبو زهرة	(١٤) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية	مطبعة نخيمر
محمد على السائيس	(١٥) تفسير آيات الأحكام	صبيح
أحمد بن عبد الرحيم الدهلوى	(١٦) حجة الله البالغة	المنيرية
أحمد بن عبد الحلیم بر تيمية	(١٧) رسائل (لأبن تيمية)	
محمد شلتوت	(١٨) فقه القرآن والسنة (القصاص)	القاهرة



اسم المرجع المؤلف طبع

- (٧) توالى التأسيس بمعالى محمد شهاب الدين أحمد بن حجر  
ابن إدريس ( الشافعى ) ( المسقلانى )  
(٨) طبقات الشافعية تقي الدين السبكي  
(٩) مناقب أبي حنيفة (ومعه) الموفق أحمد الماسكي  
مناقب أبي حنيفة (للكردى)

الأميرية  
الحلبى  
طبع الهند

(ب) تاريخ التشريع الاسلامى والتاريخ العام :

- (١) الفكر السامى فى تاريخ محمد بن الحسن الحجرى  
للتشريع الإسلامى فاس  
(٢) تاريخ بغداد الخطيب البغدادى القاهرة  
(٣) تاريخ التشريع الإسلامى للسائس والبسكى والبربرى وادى الملوك  
(٤) سيرة ابن همام محمد بن عبد الملك بن هشام القاهرة  
(٥) ضحى الإسلام أحمد أمين  
(٦) فجر الإسلام » »  
(٧) نظرة عامة فى تاريخ الفقه على حسن عبد القادر دار الكتب الحديثة  
الإسلامى

مراجع القانون

- (١) أصول القانون عبد الرزاق السنهورى، وأبوسقيت دار التأليف  
(٢) أصول القانون حسن كيرة » »  
(٣) الوسيط شرح القانون المدنى عبد الرزاق السنهورى » »  
(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية لبعض علماء القانون » »  
للقانون المدنى  
(٥) المدخل للقانون حسن كيرة القاهرة

طبع

المؤلف

اسم المرجع

### المعاجم

- |                                  |                   |                               |
|----------------------------------|-------------------|-------------------------------|
| أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري | دار الكتب المصرية | (١) أساس البلاغة              |
| سعيد الخوري الشرتوني             | اليسوعية بيروت    | (٢) أقرب الموارد              |
| محمد الدين محمد بن يعقوب العامرة | (الفيروز آبادي)   | (٣) القاموس المحيط            |
| بجمع اللغة العربية               | »                 | (٤) المعجم الوسيط             |
| محمد الدين محمد مرتضى الزبيدي    | دار الكتب المصرية | (٥) تاج العروس شرح القاموس    |
| اسماعيل بن حماد (الجهوري)        | دار الكتاب العربي | (٦) تاج اللغة وصحاح العربية   |
| لابن منظور                       | طبع بيروت         | (٧) لسان العرب                |
| أحمد بن فارس زكريا               | طبع الحلبي        | (٨) معجم مقاييس اللغة العربية |



## فهرس

الصفحة	الموضوع
٤	كلية حول هذا البحث
٧	تمهيد ، وبيان خطة البحث
	مقدمة البحث ، وتشمل :
١٥	(١) بيان حاجة الناس إلى تشريع يحقق مصالحهم
١٩	(٢) وفاء الشريعة الإسلامية بمصالح الناس مع الشمول والمرونة
٢٣	من الأسس العامة للتشريع الإسلامي :
٢٤	(١) اليسر ورفع الحرج
٢٥	(٢) رعاية مصالح الناس جميعاً
٢٦	(٣) تحقيق العدالة
٣١	الصفة الديدية في الفقه الإسلامي
	الباب الأول
٤٣	(١) معنى العرف والعادة في اللغة
	معنى العرف في اللغة
٤٩	معنى العادة في اللغة
٥٠	معنى العرف والعادة عند فقهاء الشريعة الإسلامية وعلماء القانون
	الوضعي
٥٠	(١) معنى العرف والعادة عند الفقهاء
٥٢	(٢) تعريفنا للعرف
٥٣	الفرق بين المعنى اللغوي والفقه



الموضوع	الصفحة
(٣) العرف عند علماء القانون الوضعي	٥٣
تعريف العادة عند الفقهاء	
تعريف العادة عند علماء القانون	٥٧
الفرق بين العرف والعادة عند الفقهاء	٥٨
الفرق بين العرف والعادة عند علماء القانون	٦٢
العرف والتقليد	٦٥
سلطان العرف والعادة في المجتمع	٦٨
العرف بين الحقيقة والحجاز	٧٥
هل يمكن الجمع بين الحقيقة والحجاز	٨٠
ترك الحقيقة بالعرف	٨٣
تعارض العرف مع الحقيقة	٨٧

## الباب الثاني

### في تقسيم العرف

(١) العرف الثابت والمتبدل	٩٥
عرف شرعي ، وعرف غير شرعي	
ما هو العرف الشرعي	
العرف غير الشرعي	٩٦
أنواع العرف غير الثابت والمتبدل	
الأحكام الثابتة بالاجتهاد وكانت مبنية على العرف هل تتغير بتغير العرف ؟	٩٨
هذا التغيير والتبديل ليس نسخاً	١١٨
(٢) تقسيم العرف إلى قولي وعمل ، وعام وخاص ، واستعمال صحيح أو فاسد	١٢٠

الصفحة	الموضوع
١٢١	العرف القولى
١٢٦	العرف العملى
١٣٦	العرف العام
١٤٠	العرف الخاص ، ومنه العرف الشرعى
١٤٢	العرف الصحيح والفاقد

### الباب الثالث

#### فى اعتبار العرف فى التشريع

١٤٨	(١) معنى اعتبار العرف فى التشريع
	لإعتبار العرف عند علماء القانون
١٦٦	(٢) أدلة اعتبار العرف فى التشريع . من الكتاب والسنة والإجماع
	أدلة اعتبار العرف من الكتاب الكريم
١٧٦	أدلة اعتبار العرف من السنة
	السنة القولية
١٨٢	السنة التقريرية
١٨٤	الاستدلال على اعتبار العرف بالإجماع
١٨٩	شروط العرف المعتبر فى التشريع
	الشرط الأول : أن يكون مطرداً أو غالباً
١٩٦	الشرط الثانى : أن يكون عاماً ، ونازع فيه بعضهم
٢٠٥	الشرط الثالث : أن لا يكون مخالفاً للنص الشرعى
٢٢٠	رأى علماء القانون فى مخالفة العرف لنصوص التشريع
	الشرط الرابع : أن لا يعارض العرف تصريح بخلاف
٢٢٥	الشرط الخامس : أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التهرف
٢٢٨	نتيجة الشروط المتقدمة : أن يصبح العرف ملزماً

الصفحة	الموضوع
٢٣١-٢٣٣	شروط العرف عند علماء القانون ، وهي خمسة :
(١)	أن يكون عاماً (٢) أن يكون قديماً (٣) أن يكون ثابتاً
(٤)	أن لا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب
(٥)	أن يكون ملزماً

٢٣٥	الباب الرابع
	في مدى اعتبار العرف في التشريع
٢٣٧	أولاً : العرف ومصادر التشريع
٢٤٢	ثانياً : العرف وأقسام التشريع
٢٤٢	(١) تشريع العبادات
٢٤٤	(٢) تشريع المعاملات
٢٥١	(٣) تشريع العقوبات
	( أ ) عقوبات مقدرة شرعاً
٢٥٣	( ب ) العقوبات غير المقدرة التعزير والعرف فيه أمر كبير
٢٥٥	التعزير بالفعل والقول
٢٥٩	التعزير بالمال
٢٦٣	ثالثاً : العرف الذي تحمل عليه الألفاظ :
	لفظ المتكلم محمول على عرفه
٢٦٧	معنى التصرف وقاعدة في ألفاظ التصرفات
٢٦٩	تعريفات الفقهاء للتصرف
٢٦٩	التصرف عند علماء القانون الوضعي
٢٧٣	صيغة التصرف وأقسامها

الصفحة	الموضوع
٠٠٠	القسم الأول : الخبر والإنشاء
٢٨٠	القسم الثاني : الصريح والكناية
٢٨٢	أثر العرف في التمييز بين الصريح والكناية
	القسم الثالث : في تقسيم صيغة التهريف
٢٩٠	(١) صيغة الماضي
٢٩٨	(٢) صيغة المضارع
٣٠٤	(٣) صيغة الأمر
٣١٢	(٤) صيغة الاستفهام
٣١٤	(٥) صيغة الاستقبال
٣١٥	(٦) الجمل الإسمية
	ما يقوم مقام الصيغة اللفظية
٤١٧	(١) الرسالة
٣٢٣	(٢) الإشارة
٣٢٧	(٣) الدلالة ، الفعل ،
	ويدخل تحته آراء العلماء في البيع بالمعاطا
٣٤٨	رابعاً : العرف وتخصيص العام
٣٤٩	تخصيص عمومات الشريعة بالعرف وآراء الفقهاء في ذلك
٣٦٣	تخصيص العرف لألفاظ الناس
٣٦٧	خامساً : العرف وتقييد المطلق
	سادساً : العرف والإجماع ، ويظهر ذلك في الآتي :
	(١) سبب إيجاب الدية على عاقلة الجاني هو التناصر بينهما عرفاً
٢٧٨	التناصر بين الجماعات والنقابات يوجب الدية عليهما في العصر الحاضر

الصفحة	الموضوع
٣٨٢	العرف والتفسير
٣٨٥	سابعاً : العرف والقياس
	وبدخل تحت ذلك الحديث عن الآتي
٣٧٦ (١)	عقد الإجارة
٣٨٩ (٢)	عقد السلم
٣٩٤ (٣)	عقد الاستصناع
٣٩٨	ثامناً : العرف والاستحسان
٤٠٣ (١)	الاستحسان بالعرف الشرعي
٤٠٤ (٢)	الاستحسان بالعرف العملي
٤٠٥ (٣)	الاستحسان بالعرف القولي
٤٠٦	تاسعاً : العرف والمصلحة
٤٠٧	أقسام المصلحة
٤١٩	عاشراً : العرف والاستصحاب
٤٢٤	الحادى عشر : العرف وسد الذرائع

### الباب الخامس

#### في العرف وقواعد الفقه

٤٣٤	أولاً : تعريف القواعد الفقهية
٤٤٢	ثانياً : كيفية تقييد القاعدة الفقهية
٤٤٦	ثالثاً : ورود الاستثناء على القواعد الفقهية
٤٤٨	رابعاً : أثر العرف في قواعد الفقه إجمالاً
١٥١	خامساً : قاعدة العرف كالعادة محكمة ، وما تفرع عليها من قواعد

الصفحة	الموضوع
٤٥٣	(أ) القواعد التي تعبر عن أقسام العرف
٤٥٥	(ب) القواعد التي تعبر عن العرف العملي
٤٥٦	(ج) القواعد التي تعبر عن شروط اعتبار العرف
٤٥٧	سادساً : القواعد التي يمكن رد العرف إليها ، وما تفرع عليها .
	(أ) قاعدة : الأمور بمقاصدها
٤٦٠	(ب) قاعدة : اليقين لا يزول بالشك
٤٦٤	(ج) قاعدة : المشقة تجلب التيسير
٤٦٧	(د) قاعدة : الضرر يزال
٤٦٩	(هـ) قاعدة : الحاجة تغزل منزلة الضرورة
٤٧٣	ويلحق بالقاعدة المتقدمة الأصل في الأشياء الإباحة وفي المضار
	التعريم
٤٧٦	سادساً : هل أنشأ العرف قاعدة فقهية ؟
٤٧٩	سابعاً : مجال القاعدة التي أنشأها العرف إجمالاً
	ثامناً : مجال قاعدة العرف في أبواب الفقه المختلفة
	(١) العقود والتصرفات
	(٢) العرف والشروط المقترنة بالمقد
٥٠٣	بعض المسائل المتعلقة بما سبق
٥٠٣	(١) عقد التولية والمرابحة والوفعية
٥٠٧	(٢) بيع الأصول كالأرض والدور والحيوانات
٥٠٩	(٣) بيع الثمر على الشجر
	(٤) مما يتعلق بعقد البيع
٥١٣	أولاً : الخيار في البيع وأنواعه
٥٢١	ثانياً : القول في ثمن البيع

الصفحة	الموضوع
٥٢٥	ثانياً : الغبن في البيع
٥٢٧	رابعاً : أثر العرف في عقد الزواج وما يتعلق به
	خامساً أثر العرف في الإيمان
	سادساً : العرف والفتوى والقضاء
	يشترط في المجتهد والحاكم :
	(١) معرفة العادات الجارية وقت نزول القرآن
	(٢) معرفة العادات الجارية في زمن الفقهاء
	ذكر بعض الأحكام التي تتعلق بالقضاء بما للعرف أثر فيها
٥٦٥	أولاً : ما يتعلق بالدعوى في القضاء
	تقسيم المالكية للدعوى بالنسبة للعرف إلى ثلاث مراتب :
	المرتبة الأولى : دعوى يجهل لها العرف أن تكون حقاً
	المرتبة الثانية : دعوى يجهل لها العرف أنها لا تهبه الحق
٥٦٦	المرتبة الثالثة : دعوى يقضى العرف بكنهها
٥٧٢	ثانياً : القرائن العرفية والقضاء
٥٧٣	اعتبار الفقه الإسلامي للقرائن
٥٧٥	ثالثاً : القول في تزكية المهود
٥٧٩	(١) هل يحكم القاضي بعلمه في المهود ؟
٥٨٠	(٢) هل يحكم القاضي بعلمه في الوقائع مع فساد الزمان وتغييره
٥٨٣	الباب السادس
	العرف واختلاف الفقهاء
	(١) هل كان للعرف أثر في اختلاف الفقهاء ؟
	كلمة بحلة عن عصور التهريب حتى عصر المذاهب

المادة	الموضوع
	أولاً : التشريع في عهد الرسول ﷺ
٥٨٥	ثانياً : عصر الصحابة والتابعين
٥٨٥	ثالثاً : عصر المذاهب المذاهب
٥٨٦	الاجتهاد بالرأى في هذا العصر
٥٨٩	رأى ابن خلدون ، وأحمد أمين في أثر العرف في اختلاف الفقهاء ومناقضتهما .
٥٩٥	(٢) هل كان للعرف أثر في انتقال الإمام الشافعى للمذهب الجديد
	كلية موجزة عن حياة الإمام الشافعى من مولده حتى استقر في مصر وأثر البلاد التي تنقل فيها فقهه
٦٠٠	رأى أحمد أمين في تأثير عرف مصر في فقه الإمام الشافعى والرد عليه
٦١٣	( الخاتمة ) نتيجة البحث



رقم الايداع بدار الكتب ٤٢١٠ / ٨٦

حقوق الطبع محفوظة المؤلف

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

[www.moswarat.com](http://www.moswarat.com)

**[www.moswarat.com](http://www.moswarat.com)**

